

Sygn. akt: KIO 1756/12

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Małgorzata Rakowska

Ewa Rzońca

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **ITPOK Poznań Sp. o.o., Sp. K., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Poznań, Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań**, przy udziale wykonawcy **Remondis Waste to Energy Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **ITPOK Poznań Sp. o.o., Sp. K., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ITPOK Poznań** sp. z o. o. sp. k., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający: Miasto Poznań Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego pod nazwą „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania - Kontrakt I”.

W dniu 1 sierpnia 2012 r., po zakończeniu prowadzonego dialogu konkurencyjnego, Odwołującemu: ITPOK Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, jako wykonawcy dopuszczonemu do udziału w Postępowaniu, zostało przesłane zaproszenie do złożenia oferty w Postępowaniu wraz z SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący w dniu 16 sierpnia 2012r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 60e ust. 4 z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp poprzez wyznaczenie terminu składania ofert, który nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty;

2. art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., nr 177, poz. 1054) ("Ustawa o VAT") w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. poprzez wymaganie przyjęcia przy przygotowaniu oferty niezgodnej z prawem stawki podatku VAT, co uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji i może stanowić podstawę unieważnienia Postępowania;

3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń;

4. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nałożenie na Odwołującego wymagań, które są niemożliwe do wykonania, zostały sformułowane w sposób nieostry albo w sposób nadmierny utrudniają przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty, a tym samym utrudniają uczciwą konkurencję;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert, które utrudniają zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ polegających na:

1.1 w punkcie 9.1 Rozdziału I SIWZ „Instrukcja dla Partnerów Prywatnych” przedłużeniu terminu złożenia oferty do dnia 21 grudnia 2012 r.;

1.2 w punkcie 12.1.3 lit, d Rozdziału I SIWZ - wykreśleniu tego punktu;

1.3 w punkcie 12.2 Rozdziału I SIWZ - zmianie w poz. 2 w kolumnie trzeciej („Wartość maksymalna określona przez Miasto”) „3 miesięcy” na „6 miesięcy”,

1.4 w punkcie 13.3 Rozdziału I SIWZ - nadaniu mu brzmienia: „Podmiot Publiczny wymogu, aby wy nagrodzę nie zawierało: cenę netto, stawkę podatku VAT kwotę podatku VAT oraz wynagrodzenie brutto” oraz zobowiązania Podmiotu Publicznego do wskazania w tym punkcie SIWZ, czy stawka podatku VAT ma być stawką z dnia złożenia oferty czy też stawką właściwą dla okresu realizacji Umowy i zapłaty wynagrodzenia;

1.5 w punkcie 13.4 Rozdziału 1 S1WZ - nadaniu mu brzmienia: „Dla celów porównania ofert, jeżeli obowiązek zapłaty podatku VAT będzie spoczywał na Podmiocie Publicznym, Podmiot Publiczny doliczy do ceny ofertowej netto partnera prywatnego, kwotę należnego (obciążającego Podmiot Publiczny z tytułu realizacji Umowy) podatku VAT według stawki, o której mowa w pkt 13.3 powyżej”;

1.6 w punkcie 14.2 Rozdziału I S1WZ - wykreśleniu podkryterium 2.4 i 2.5 i proporcjonalnej zmianie wagi pozostałych kryteriów;

1.7 w punkcie 3.3.1 (f) Rozdziału II SIWZ „Umowa w sprawie zaprojektowania budowy, utrzymania i eksploatacji instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w Poznaniu” („Umowa”) - nadaniu mu brzmienia: „Na zasadach określonych ir Umowie do podstawowych obowiązków Partnera Prywatnego należy w szczególności uzyskanie następujących Pozwoleń niezbędnych w celu realizacji Inwestycji:...” przy jednoczesnym zobowiązaniu Podmiotu Publicznego do wskazania zamkniętej listy tych Pozwoleń;

1.8 w punkcie 4.4.4 Umowy - przewidzeniu, iż warunkowa przedwstępna Umowa Sprzedaży stanowi Załącznik 4.4.4 do Umowy, a tym samym, że zostanie przedstawiona uczestnikom postępowania, jako dokument wchodzący w skład SIWZ przed dniem złożenia ofert w postępowaniu;

1.9 w punkcie 6.1.1 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;

1.10 w punkcie 6.1.2 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;

1.11 w punkcie 6.1.5 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;

1.12 w punkcie 6.1.6 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;

1.13 w punkcie 6.3.3 Umowy - doprecyzowaniu pojęcia „ograniczonej” licencji lub sublicencji w sposób zgodny z ustawą o prawach autorskich i prawach pokrewnych;

1.14 w punkcie 6.3.5 Umowy - wykreśleniu drugiego zdania;

- 1.15 w punkcie 6.3.6 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.16 w punkcie 6.3.7 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.17 w punkcie 6.3.10 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;

- 1.18 w punkcie 6.3.11 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.19 w punkcie 7.1.2 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.20 w punkcie 7.2.1 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.21 w punkcie 8.2.1 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.22 pkt. 8.4.2. Umowy - poprzez dodania w nim punktu (e) w brzmieniu: „zajścia zdarzenia lub okoliczności, za których wystąpienie Partner Prywatny nie ponosi odpowiedzialności.”;
- 1.23 w punkcie 9.1.2 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.24 w punkcie 9.4.4 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.25 w punkcie 9.6.3 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.26 w punkcie 9.6.8 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.27 w punkcie 10.3.1 Umowy - przewidzeniu, iż do Załącznika 10.3.1. zostanie załączona umowa przyłączenia Instalacji do MSC, którą Podmiot Publiczny miał zawrzeć z Odbiorcą Energii Ciepłej;
- 1.28 w punkcie 10.3.3 Umowy - przewidzeniu, iż do Załącznika 10.3.3 zostanie załączona umowa przyłączenia Instalacji do Sieci Dystrybucyjnej, którą Podmiot Publiczny miał zawrzeć z DALKIA Poznań Zespół Elektrociepłowni S.A.;
- 1.29 w punkcie 13.1.1 (b) Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.30 w punkcie 13.3.1 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.31 w punkcie 14.2.1 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.32 w punkcie e 17.7.6 Umowy - wykreśleniu zdania drugiego tego punktu;
- 1.33 w punkcie 21.1.3 Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.34 w punkcie 21.2.3 (c) (ii) Umowy - wykreśleniu „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 1.35 w punkcie 25.1.3 (b) Umowy - nadaniu mu brzmienia: „Zmiany Prawa powodującej zmianę wartości nakładów, kosztów, wydatków lub obciążeń po stronie Partnera Prywatnego”;
- 1.36 w załączniku 1.1. do Umowy - wykreśleniu definicji „Dobrych Praktyk Branżowych”;
- 2. zwrot kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą według norm przepisanych.

W ramach pierwszego zarzutu Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 60e ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert i nie wzięcie pod uwagę szczególnie złożonego charakteru zamówienia.

W przypadku zamówień o takim charakterze wskazał, iż zamawiający powinien pozytywnie reagować na wnioski wykonawców o przedłużenie terminu składania ofert.

Zdaniem Odwołującego czas wyznaczony przez zamawiającego na przygotowanie i złożenie oferty powinien pozostawać w związku z jego wymaganiami, co do zakresu informacji, które wykonawca powinien przedstawić w ofercie lub danych, które Wykonawca powinien przeanalizować, aby złożyć rzetelnie i prawidłowo skalkulowaną ofertę.

Zaznaczył, że oferta, która będzie miała być złożona w postępowaniu będzie ofertą bardzo skomplikowaną, wymagającą, zgodnie z oczekiwaniami Podmiotu Publicznego dołączenia szeregu dokumentów specjalistycznych, których przygotowanie wymaga współpracy oferenta ze znaczną liczbą zewnętrznych analityków, ekspertów i doradców.

Ponadto jej przygotowanie oferty będzie wymagało dokonania przez Odwołującego wyboru oraz ustalenia zasad współpracy z podwykonawcami (listę podwykonawców, którzy będą mieli z nim współpracować w związku z realizacją Przedsięwzięcia będzie musiał on złożyć wraz z ofertą).

Wskazał, że ze względu na występującą przed dniem przekazania SIWZ niejasność, co do trybu wyboru podwykonawców, wybór podwykonawców także musi zostać dokonany obecnie między dniem przekazania SIWZ a dniem złożenia oferty.

Zdaniem Odwołującego czas wyznaczony na złożenie oferty w postępowaniu jest zbyt krótki szczególnie w świetle wymogów związanych z przygotowaniem zaudytowanego modelu finansowego, bowiem w pkt. 10.17 Rozdziału I SIWZ Zamawiający wskazał, iż oferta musi, między innymi, zawierać model finansowy przedsięwzięcia, księgę założeń do tego modelu oraz instrukcję działania modelu finansowego, sporządzone zgodnie z pkt. 11 Rozdziału I SIWZ.

Zwrócił uwagę, że na podstawie pkt. 11 Rozdziału I SIWZ model finansowy musi być modelem szczegółowym oraz kompletnym (musi np. przedstawiać szczegółową analitykę wszystkich pozycji wchodzących w skład sprawozdań finansowych; szczegółowa analityka sprawozdań finansowych z modelu finansowego powinna być w przejrzysty sposób „podlinkowana” do poszczególnych składników wynagrodzenia Odwołującego określonych w „Mechanizmie Wynagradzania” stanowiącym załącznik 11.1.2 do Umowy).

Wskazał, że model finansowy musi także przedstawiać wyczerpującą analizę wszystkich nakładów inwestycyjnych, które wykonawca planuje ponieść w związku z

realizacją inwestycji.

Poza tym zauważył, że zgodnie z pkt. 11.3.4 Rozdziału I SIWZ model finansowy musi ponadto spełniać wymagania banków, które mają udzielić finansowania wykonawcy na realizację przedsięwzięcia (model finansowy musi zostać szczegółowo przeanalizowany przez banki, uwzględnić modyfikacje zaproponowane przez banki, prezentować koszty związane z pozyskanym finansowaniem i zostać w ostatecznym kształcie zaakceptowany przez banki).

Ponadto, zgodnie, z pkt. 11.7 Rozdziału I SIWZ, model finansowy przygotowany przez Partnera Prywatnego i zaaprobowany przez banki musi zostać zaudytowany przez niezależnego audytora, który zgodnie z pkt 11.7.3 Rozdziału I SIWZ musi potwierdzić jego pełną prawidłowość.

Odwołujący nie zakwestionował decyzji Zamawiającego o konieczności przygotowania szczegółowego i kompletnego modelu finansowego przedsięwzięcia ppp. polegającego na zaprojektowaniu, sfinansowaniu, budowie i utrzymaniu regionalnej spalarni odpadów komunalnych w Poznaniu o mocy przerobowej 210.000 ton odpadów rocznie, jak również nie podważał zasadności decyzji o konieczności skonsultowania tego modelu z bankami finansującymi przedsięwzięcie i przeprowadzeniu jego audytu przez niezależnego eksperta.

W ocenie Odwołującego, rozwiązania przyjęte przez Zamawiającego w powyższym zakresie znajdują uzasadnienie w zamiarze zapewnienia przez niego prawidłowości realizacji przedsięwzięcia ppp. w perspektywie blisko 30-letniej.

Odwołujący przekonywał, że w terminie określonym przez Zamawiającego na złożenie oferty, czyli do dnia 25 października 2012 r., nie jest możliwe przygotowanie modelu finansowego przedsięwzięcia o poziomie szczegółowości oczekiwanym przez Zamawiającego, jego uzgodnienie z bankami, które zadeklarowały intencje sfinansowania przedsięwzięcia objętego modelem finansowym oraz przeprowadzenie kompletnego audytu modelu finansowego przez niezależnego audytora.

Podniósł, że pozostawienie niezmienionego terminu na złożenie oferty oznacza, iż w praktyce w postępowaniu nie będzie możliwe złożenie prawidłowych, niepodlegających odrzuceniu ofert, przez jego uczestników, którzy uzyskali dokładną wiedzę o wymaganiach Zamawiającego dopiero w dniu 1 sierpnia 2012 roku wraz z przekazaniem im SIWZ.

W ocenie Odwołującego, popartej – według niego - informacjami uzyskanymi od doradców finansowych specjalizujących się w przygotowywaniu modeli finansowych przedsięwzięć ppp., od banków oraz od audytora, termin obiektywnie pozwalający na przeprowadzenie czynności przygotowania modelu finansowego takiego jak model finansowy żądany przez Zamawiającego, jego szczegółowe skonsultowanie z bankami oraz kompletny audyt, to 21 grudnia 2012 r.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o zmianę punktu 9.1 Rozdziału 1 SIWZ i przedłużenie terminu złożenia oferty do dnia 21 grudnia 2012 r.

Drugi zarzut dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 Ustawy o VAT w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie złej stawki VAT.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt 13.3 Rozdziału I SIWZ dla celów porównania ofert Zamawiający wymagał, aby wykonawca w ofercie przyjął, jako stawkę podatku VAT służącą obliczeniu kwoty podatku VAT (powiększającego cenę netto wskazaną przez Partnera Prywatnego w ofercie), stawkę podstawową, o której mowa w art. 41 ust. 1 w związku z art. 146 a) pkt 1 Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) („Ustawa o VAT”), tj. stawkę 23%.

W kontekście powyższego wskazał, że z dokonanej na wniosek Odwołującego przez Urząd Statystyczny w Łodzi oficjalnej kwalifikacji statystycznej (pismo z dnia 20.06.2012 nr OKN- 5672/KU-1926/2012) wynika, że usługi, za które wykonawca będzie otrzymywał od Zamawiającego wynagrodzenie, polegające na przyjęciu i spalaniu odpadów komunalnych we własnej spalarni odpadów, mieszczą się w grupowaniu PKWiU 38.21.23.0 „Usługi związane ze spalaniem odpadów innych niż niebezpieczne” należącym zgodnie z PKWiU 2008 do kategorii PKWiU 38.21.2 „Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne”, a zgodnie z załącznikiem nr 3 poz. 149 do Ustawy o VAT usługi z kategorii PKWiU 38.21.2 „Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne” są opodatkowane stawką podatku w wysokości 7%, a nie 23%.

Dodatkowo zauważył, iż w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. zgodnie z art. 146a pkt 2, z zastrzeżeniem art. 146f Ustawy o VAT na usługi wymienione w załączniku nr 3 do Ustawy o VAT obowiązuje stawka 8%, jednakże biorąc pod uwagę założony przez Zamawiającego maksymalnie 42-miesięczny Okres Budowy, dopiero, po którego zakończeniu Zamawiający będzie uiszczal Wynagrodzenie na rzecz wybranego wykonawcy za świadczone usługi, a także biorąc pod uwagę, iż regulacje z art. 146f ustawy o VAT nie znajdują w dniu złożenia ofert zastosowania, można przyjąć za uzasadnione

stosowanie stawki przewidzianej w art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT, tj. 7%.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej z tezą, że przesądzenie przez zamawiającego o stawce VAT w sposób niezgodny z przepisami podatkowymi, może być podstawą unieważnienia postępowania, a zatem z tego powodu istotne jest także, aby SIWZ przesądzał o tym czy stawka podatku VAT przyjęta przez wykonawcę powinna być stawką z dnia złożenia oferty czy też stawką właściwą dla okresu realizacji Umowy, co pozwoli na zachowanie uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, mając na uwadze ryzyko unieważnienia postępowania w związku z obecnym niejednoznacznym brzmieniem pkt. 13.3 Rozdziału I SIWZ, Odwołujący wniósł, aby pkt 13.3 otrzymał brzmienie: „Podmiot Publiczny wymaga, aby wynagrodzenie zawierało: cenę netto, stawkę podatku VAT, kwotę podatku VAT oraz wynagrodzenie brutto.”, a pkt 13.4 otrzymał brzmienie: „Dla celów porównania ofert, jeżeli obowiązek zapłaty podatku VAT będzie spoczywał na Podmiocie Publicznym. Podmiot Publiczny doliczy do ceny ofertowej netto partnera prywatnego, kwotę należnego (obciążającego Podmiot Publiczny z tytułu realizacji Umowy) podatku VAT według stawki, o której mowa w pkt 13.3 powyżej”.

Przy tym Odwołujący wniósł o zobowiązanie Podmiotu Publicznego do wskazania w punkcie 3.13 Rozdziału I SIWZ czy stawka podatku VAT ma być stawką z dnia złożenia oferty czy też stawką właściwą dla okresu realizacji Umowy i zapłaty wynagrodzenia.

W kolejnym zarzucie wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia i nierespektowanie przez niego zasady jednoznaczności opisu oraz zasady minimalizowania ryzyka wykonawcy.

W szczególności, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wielokrotnie posługuje się w Umowie niejednoznacznym wyrażeniem „Dobre Praktyki Branżowe”, a umowa „definiuje” to pojęcie w załączniku 1.1.1, jako „powszechnie uznane praktyki w zakresie budowy i eksploatacji instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, stosowane zgodnie z najlepszą wiedzą i sztuką budowlaną, która jest wymagana od podmiotów zajmujących się budową i eksploatacją instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych w sposób zawodowy”.

Zdaniem Odwołującego, definicja ta obarczona jest błędem logicznym *ignotum per ignotum*, ponieważ termin definiujący odsyła do niejednoznacznych wyrażeń, takich jak

„powszechnie uznane praktyki” czy „najlepsza wiedza”, w następstwie, czego wykonawca nie będzie w stanie przypisać pojęciu „Dobrych Praktyk Branżowych” precyzyjnego, konkretnego znaczenia.

Podkreślił, że pojęcie „Dobrych Praktyk Branżowych” pełni istotną rolę w Umowie - stanowi abstrakcyjny wzorzec postępowania wykonawcy wobec Zamawiającego i jest przywoływany, między innymi, przez tak istotne postanowienia Umowy, jak te zawarte w artykule 9 „Budowa Instalacji” (Partner Prywatny jest zobowiązany do realizowania Robót Budowlanych w sposób zgodny z Dobrymi Praktykami Branżowymi (pkt 9.1.2 (b)) - czy postanowienia artykułu 13 „Eksploatacja” (zgodnie z pkt. 13.1.1 (b) Umowy Partner Prywatny zobowiązany jest prowadzić Eksploatację Instalacji zgodnie z Dobrymi Praktykami Branżowymi).

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że nie jest w stanie przesądzić, że jego działania na etapie budowy oraz użytkowania regionalnej instalacji termicznego przekształcania odpadów będą uznawane przez Podmiot Publiczny za zgodne z Umową.

Tymczasem, w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO, według Odwołującego zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie pozostawia wykonawcom pola do domysłów i interpretacji, a co za tym idzie umożliwia prawidłowe sporządzenie oferty.

Mając na uwadze, iż zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe doprecyzowanie definicji „Dobrych Praktyk Branżowych”, wnosił on o wykreślenie tego pojęcia z treści Umowy.

W ocenie Odwołującego, z powodu niejasnego opisanie zakresu obowiązków umownych ze względu na nieprecyzyjne pojęcia używane w Umowie - niedopuszczalne są również takie postanowienia Umowy jak punkt 3.3.1 (f) Umowy, wskazujące, iż do podstawowych obowiązków Partnera Prywatnego należy, między innymi, „uzyskanie innych wszelkich Pozwoleń niezbędnych w celu realizacji Inwestycji” oraz punkt 6.3.3 Umowy, posługujący się nieistniejącym na gruncie prawa autorskiego pojęciem „ograniczonej” licencji lub sublicencji.

Odwołujący podniósł także, że należyte wykonanie umowy przez Partnera Prywatnego wymaga precyzyjnego określenia praw i obowiązków stron, a w związku z tym wnosił, aby pkt 3.3.1 (f) Umowy otrzymał brzmienie: „Na zasadach określonych w Umowie do podstawowych obowiązków Partnera Prywatnego należy w szczególności uzyskanie

następujących Pozwoleń niezbędnych w celu realizacji Inwestycji:...” (Podmiot Publiczny w ramach dialogu konkurencyjnego ustalił pełny katalog tych decyzji), a treść pkt. 6.3.3 została doprecyzowana zgodnie z przepisami ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawach autorskich i prawach pokrewnych.

Uchybieniem Podmiotu Publicznego na gruncie art. 29 ust. 1 Pzp jest również – zdaniem Odwołującego - treść pkt. 25.1.3 Umowy, zgodnie, z którym, strony mogą wprowadzić do umowy istotne zmiany w enumeratywnie wskazanych w tym postanowieniu przypadkach.

Wskazał, jako jedną z okoliczności umożliwiających wprowadzenie do Umowy istotnych zmian zaproponowany przez Zamawiającego w pkt 25.1.3 (b) Umowy przypadek zaistnienia Zmiany Prawa powodującej zmianę wartości „nakładów inwestycyjnych” Partnera Prywatnego.

Postanowienie to, w ocenie Odwołującego, jest niezrozumiałe, bowiem pojęcie „nakładów inwestycyjnych” nie zostało w umowie zdefiniowane, tym samym, zdaniem Odwołującego, istnieje ryzyko interpretacji zawężającej, zgodnie, z którą strony będą mogły zainicjować procedurę zmiany do umowy wyłącznie w przypadku, kiedy zmiana prawa spowoduje zmianę wartości nakładów, jakie Partner Prywatny(wykonawca) ma ponieść w okresie budowy.

Tymczasem według doświadczenia Odwołującego zmiana prawa będzie mogła zaistnieć na każdym etapie realizacji przedsięwzięcia ppp i będzie mogła prowadzić do zmiany (zarówno zwiększenia, jak i zmniejszenia) każdej kategorii kosztów przewidzianych przez Partnera Prywatnego w modelu finansowym (np. mogą zostać wprowadzone nowe obciążenia publicznoprawne).

Twierdził, że w braku precyzji punktu 25.1.3 (b) umowy strony będą w takiej sytuacji musiały, w trosce o zapewnienie kontynuacji realizacji zobowiązań wynikających z umowy, dokonywać interpretacji rozszerzającej innych przesłanek do dokonania istotnych zmian w umowie, w tym, w szczególności przesłanki określonej w ppkt (c), zgodnie z którą istotna zmiana jest możliwa także w przypadku wystąpienia „innych niż wskazanych powyżej przyczyn zewnętrznych (takich jak np. istotna zmiana warunków rynkowych, recesja), na które Strony nie miały wpływu, a które uniemożliwiają bądź istotnie utrudniają wykonanie Umowy na warunkach określonych w Ofercie”.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o zmianę pkt. 25.1.3 (b) umowy

poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Zmiany Prawa powodującej zmianę wartości nakładów, kosztów, wydatków lub obciążeń po stronie Partnera Prywatnego”.

Odwołujący zakwestionował również te postanowienia SIWZ, których interpretacja może prowadzić do konieczności wzięcia przez niego odpowiedzialności o charakterze obiektywnym, tj. za decyzje właściwych organów administracji, jak w pkt. 6.3.5 Umowy, czy odpowiedzialności za dokumenty, z których treścią nie mógł się zapoznać na etapie przygotowania oferty, jak w pkt 4.4.4, 10.3.1 oraz 10.3.3 Umowy - w zakresie dotyczącym warunkowej przedwstępnej Umowy Sprzedaży oraz umów o przyłączenie do sieci ciepłej i elektroenergetycznej.

Wskazując na powyższe powołał się na orzecznictwo KIO, w którego wyrokach reprezentowany jest pogląd, że konieczność wliczenia przez wykonawcę w cenę ofertową kosztów ryzyk, których nie jest on w stanie ocenić na etapie przygotowania oferty narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił dołączenie do Umowy dokumentów, o których mowa w pkt 4.4.4, tj. warunkowej przedwstępnej Umowy Sprzedaży oraz 10.3.1 i 10.3.3, tj. umów przyłączeniowych oraz o wykreślenie zdania drugiego z pkt. 6.3.5.

Odwołujący wskazał także, iż sformułowanie pkt. 8.4.2. umowy jest niezrozumiałe w kontekście pozostałych postanowień umowy, które opierają odpowiedzialność Partnera Prywatnego z tytułu opóźnień w uzyskaniu Pozwolenia Budowlanego na zasadzie winy.

Zaznaczył także, że pkt. 8.4.2 Umowy zawiera zamknięty katalog przypadków, w których Partnerowi Prywatnemu będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie albo prawo przedłużenia terminów realizacji umowy, jeżeli do opóźnienia w realizacji umowy dojdzie w okolicznościach, za które Partner Prywatny nie ponosi odpowiedzialności.

W ocenie Odwołującego, aby rozwiązania zaproponowane przez Podmiot Publiczny w pkt. 8.4.2 Umowy były spójne z pozostałymi postanowieniami Umowy pkt. 8.4.2 Umowy musi zostać zmieniony w ten sposób, iż powinien zostać w nim dodany pkt. (e) w następującym brzmieniu: „zajścia zdarzenia lub okoliczności za których wystąpienie Partner Prywatny nie ponosi odpowiedzialności”, bowiem bez wprowadzenia tej zmiany umowa będzie przewidywać niespójny model odpowiedzialności Partnera Prywatnego z tytułu niezawinionych przez niego opóźnień w pozyskiwaniu pozwolenia na budowę, co nie pozwoli Partnerowi Prywatnemu, w związku z przygotowaniem oferty, jednoznacznie określić rozmiarów przeniesionego na niego w ramach realizacji przedsięwzięcia ryzyka

finansowego, a tym samym uniemożliwi mu sporządzenie rzetelnej oferty i narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zmiany w powyższym zakresie są konieczne, ponieważ, jak pokazuje praktyka orzecznicza KIO, zarzutów naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nie można rozpatrywać w oderwaniu od ogólnych zasad udzielania prawa zamówień publicznych, w szczególności, zaś zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Następny z zarzutów Odwołującego odnosił się do naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zbyt rygorystyczne lub niemożliwe do wykonania wymagania.

Przypomniał, że w pkt 10.17 Rozdziału I SIWZ Zamawiający zażądał wskazania w ofercie między innymi Harmonogramu Okresu Budowy sporządzonego przez Partnera Prywatnego zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 12 Rozdziału I SIWZ, a zgodnie z pkt. 12.1.3 Rozdziału I SIWZ Harmonogram Okresu Budowy powinien, między innymi, (i) pokazywać zależności między poszczególnymi działaniami, (ii) wskazywać działania występujące w ścieżce krytycznej, (iii) pokazywać szczegóły każdego działania, w formie kalendarzowej dla okresu wymaganego na wykonanie danego działania, jak również (iv) identyfikować „wszelkie” przewidywane zdarzenia, utrudnienia i/lub ustawowe wymagania, które mogą wpłynąć na wykonanie „któregokolwiek” z działań.

Zwrócił uwagę, że przygotowując Harmonogram Okresu Budowy, partner prywatny jest zobowiązany uwzględnić wymagania Podmiotu Publicznego, co do poszczególnych kamieni milowych, przy czym opisując zadania między uzyskaniem pozwolenia na budowę a pierwszym dniem dostępności (a zatem w okresie budowy i rozruchu), Partner Prywatny jest zobowiązany wskazać w przedmiotowym harmonogramie „wszystkie” działania niezbędne do terminowego zakończenia tego okresu.

W ocenie Odwołującego doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia zaoferowanie przez wykonawcę produktu, który będzie spełniał wszystkie wymagania zamawiającego, a taka sytuacja występuje w odniesieniu do punktu 12.1.3 lit. d Rozdziału I SIWZ, który wymaga od Partnera Prywatnego zidentyfikowania w Harmonogramie Okresu Budowy „wszelkich przewidywanych zdarzeń, utrudnień i/lub ustawowych wymagań, które mogą wpłynąć na wykonanie któregokolwiek z działań”.

Zdaniem Odwołującego, taka identyfikacja „wszelkich” zdarzeń, utrudnień i wymagań jest niemożliwa do wykonania, w szczególności, iż nie sposób jest stwierdzić, jakiego rodzaju zdarzenia powinny być przez wykonawcę „przewidywane”.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, niemożliwe jest również uwzględnienie w Harmonogramie Okresu Budowy „wszystkich działań niezbędnych do terminowego zakończenia” okresu między uzyskaniem pozwolenia na budowę, a pierwszym dniem dostępności, zgodnie z wymogiem określonym przez Podmiot Publiczny w punkcie 12.3.1 Rozdziału I SIWZ.

Powyższe wymagania są niemożliwe do spełnienia przez Odwołującego nie tylko ze względu na ogólny i nieprecyzyjny ich opis przedstawiony przez Podmiot Publiczny w SIWZ, ale również ze względu na przyjęty przez Podmiot Publiczny model realizacji zamówienia. Wskazane powyżej wymagania zamawiającego dotyczące sposobu przygotowania przez Partnera Prywatnego Harmonogramu Okresu Budowy nie mogą być zrealizowane bez przygotowania przez Partnera Prywatnego szczegółowej dokumentacji projektowej, co ma nastąpić dopiero po zawarciu Umowy.

Z powyższych przyczyn Odwołujący wnosil o wykreślenie punktu 12.1.3 lit. d Rozdziału I SIWZ.

Odwołujący stoi również na stanowisku, że niemożliwe jest sprostanie niektórym wymaganiom Zamawiającego, co do terminów zakończenia kamieni milowych, które partner prywatny powinien uwzględnić przy przygotowaniu Harmonogramu Okresu Budowy.

Wątpliwości Odwołującego dotyczą przede wszystkim poz. 2 w tabeli, o której mowa w Punkcie 12.2 Rozdziału I SIWZ, tj. przygotowania i złożenia kompletnego Wniosku o Zmianę Decyzji Środowiskowej w terminie 3 miesięcy od daty podpisania Umowy wraz z wszelkimi koniecznymi załącznikami.

Według Odwołującego Zmiana Decyzji Środowiskowej stanowi kluczowy element procedury uzyskiwania Pozwoleń, w tym Pozwolenia na Budowę, które nie będzie mogło być uzyskane o ile, uprzednio, wykonawca nie uzyska Zmiany Decyzji Środowiskowej, a Wniosek o Zmianę Decyzji Środowiskowej powinien być przygotowany z najwyższą starannością i skonsultowany z Zamawiającym zgodnie z postanowieniami art. 6 Umowy.

W tym kontekście istotne jest, zdaniem Odwołującego - aby zmieniona Decyzja Środowiskowa nie nakładała na Miasto obowiązku ponownego przeprowadzenia oceny

oddziaływania Przedsięwzięcia na środowisko, która istotnie opóźniałoby realizację Przedsięwzięcia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o zmianę w poz. 2 w kolumnie trzeciej („Wartość maksymalna określona przez Miasto”) z „3 miesięcy” na „6 miesięcy”.

W ocenie Odwołującego, zmianie powinien ulec także pkt. 17.7.6 Umowy, w zakresie, w jakim ogranicza, w przypadku rozwiązania Umowy, do kwoty 15.000.000 PLN, obowiązek zwrotu przez Podmiot Publiczny Partnerowi Prywatnemu kosztów prowizji aranżacyjnej, prowizji za gotowość oraz prowizji za wcześniejszą spłatę lub rezygnację ze środków komercyjnych, do których zapłaty na podstawie zawartych umów kredytowych będzie zobowiązany partner prywatny.

Odwołujący stwierdził, że wprowadzając powyższe postanowienie do Umowy, Zamawiający w sposób całkowicie dowolny i arbitralny ogranicza zakres swojej odpowiedzialności wobec Partnera Prywatnego, także w przypadku, gdy wykonawca uprzednio wykonał należycie swoje zobowiązania z Umowy i zapewnił dla przedsięwzięcia finansowanie (poprzez zawarcie umów kredytowych), a Zamawiający w okolicznościach niezawinionych przez wykonawcę jednostronnie zrezygnował z realizacji przedsięwzięcia.

Wywodził, że kwestionowane postanowienie powoduje, iż w praktyce wykonawca może ucieść z powodu negatywnych skutków finansowych rozwiązania Umowy przez Zamawiającego (jeżeli tylko jego koszty związane z pozyskaniem finansowania będą w dniu rozwiązania Umowy wyższe niż 15.000.000 złotych, co wydaje się wysoce prawdopodobne, ponieważ musi on już w chwili złożenia oferty przedłożyć nieodwołalną przedstawioną przez banki ofertę zawarcia umowy kredytowej z wykonawcą, w związku z wydaniem, której banki będą oczekiwały uiszczenia przez tego wykonawcę prowizji), co będzie dla niego swoistą karą pieniężną poniesioną w okolicznościach, za których powstanie nie ponosi jakiegokolwiek odpowiedzialności.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o wykreślenie zdania drugiego z pkt.17.7.6 Umowy.

Dodatkowo zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie niezapewniających konkurencji kryteriów oceny ofert.

Uwadze Odwołującego nie uszło, że Zamawiający w pkt 14.2 Rozdziału 1 SIWZ

zapropował kryteria oceny ofert, zgodnie, z którymi, w ramach głównego Kryterium 2 (Podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem między Miastem a Partnerem Prywatnym) wyszczególnione zostało, między innymi, Podkryterium 2.4 (Prowizja aranżacyjna (prowizja przygotowawcza)) oraz Podkryterium 2.5 (Prowizja za gotowość (prowizja za zaangażowanie)).

W ocenie Partnera Prywatnego zaproponowanie przez Zamawiającego podkryterium 2.4 oraz podkryterium 2.5 narusza przejrzystość oceny ofert, bowiem niektórzy z oferentów dla finansowania budowy oraz eksploatacji instalacji termicznego przekształcania odpadów wybiorą finansowanie korporacyjne, a niektórzy finansowanie dłużne udzielane przez banki, które będzie wiązało się w projekcie z powstaniem dla oferentów kosztów w postaci prowizji aranżacyjnej oraz prowizji za gotowość, które będą oni zobowiązani uiścić na rzecz banków, a których kwota zostanie uwzględniona w kwocie wynagrodzenia, którego zapłaty będzie oczekiwał Partner Prywatny od Podmiotu Publicznego.

Wskazał przy tym, że wysokość tego wynagrodzenia proponowanego przez Partnera Prywatnego będzie tymczasem oceniana przez Podmiot Publiczny w ramach Kryterium 1.

Z drugiej strony wywodził, że oferenci, którzy wybiorą dla finansowania przedsięwzięcia model finansowania korporacyjnego nie będą zobowiązani do ponoszenia powyższych prowizji.

Podkreślił także, iż przy ocenie ofert uczestników postępowania, ten sam element kosztowy w postaci prowizji aranżacyjnej oraz prowizji za gotowość będzie uwzględniany przez Zamawiającego podwójnie za każdym razem w ramach innego kryterium, co jest to sprzeczne z zasadą rozdzielności kryteriów, zgodnie, z którą różne kryteria nie powinny odnosić się do tego samego parametru uwzględnionego w ofercie i w odmienny sposób wpływać na jego ocenę.

Tego rodzaju sytuacja – zdaniem Odwołującego - utrudnia zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Z tego względu Odwołujący wnosil o rezygnację przez Zamawiającego z posługiwania się podkryterium 2.4 i podkryterium 2.5 wskazanego w pkt 14 Rozdziału I SIWZ i proporcjonalną zmianę wagi pozostałych kryteriów, o których mowa w tym Rozdziale.

W przedmiotowym postępowaniu w dniu 20 sierpnia 2012r. zgłosił skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawca

Remondis Waste to Energy Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 27 sierpnia 2012r., protokołów ze spotkań w ramach prowadzonego dialogu konkurencyjnego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności, w ramach toczącego się postępowania odwoławczego Izba postanowiła, na zasadzie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp, uwzględnić wniosek pełnomocnika Zamawiającego o wyłączenie jawności rozprawy, który to wniosek poparł również pełnomocnik Odwołującego, uznając, że może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę ustawowo chronioną tj. wynikającą z treści art. 60d) ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie, z którym to przepisem prowadzony dialog ma charakter poufny i może dotyczyć wszelkich aspektów zamówienia. Na rozprawie strony zapowiedziały wymianę pism i dowodów na poparcie własnych twierdzeń z prowadzonego dialogu, w tym w szczególności informacje zawarte w protokołach ze spotkań w ramach dialogu konkurencyjnego.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 7 ust.1 w zw. z art.91 ust.2, art.29 ust. 1 w zw. z art.7 ust.1 i art.29 ust.2, art. 60e ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp oraz art.41 ust.2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., nr 177, poz. 1054), zwanej dalej ustawą o VAT w zw. z art.7 ustawy Pzp.

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający sporządził zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób kolidujący z cyt. w zdaniu poprzednim przepisami obowiązującego prawa.

Analizując zgłoszone przez Odwołującego zarzuty Izba nie znalazła podstaw do

uwzględnienia odwołania.

Stosownie do art.60e ust.4 ustawy Pzp Zamawiający wyznacza termin składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym, że termin ten nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Przepisy art.45 i 46 stosuje się odpowiednio.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawcy otrzymali zaproszenie do składania ofert w dniu 1 sierpnia 2012r., a w myśl postanowień pkt. 9.1 SIWZ oferty należy złożyć w terminie do dnia 25 października 2012r., do godz.12:00.

Zatem należy stwierdzić, że Zamawiający wyznaczając przeszło dwumiesięczny termin na składanie ofert nie przekroczył ustawowego terminu.

Jednocześnie Odwołujący kwestionując termin wyznaczony przez Zamawiającego powinien udowodnić, że ten określił go bez uwzględnienia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia ofert.

Przedłożone przez Odwołującego tłumaczenie z języka niemieckiego z kopii dokumentu z dnia 24 sierpnia 2012r., sporządzonej na jednej stronie listownika PWC, podpisane przez H..... A..... i T..... G..... potwierdza jedynie okres przygotowania modelu finansowego przynajmniej na sześć tygodni, jednak według doświadczenia jedynie spółki audytorskiej PricewaterhouseCoopers.

Przedłożona przez Odwołującego kopia dokumentu nie może, zatem świadczyć o tym, że czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty obiektywnie jest niewystarczający.

To samo dotyczy okresu analizy przedmiotowego modelu finansowego przez Bank Nord/LB oraz czasu na wydanie zgody kredytowania.

Izba odniosła się do tłumaczenia z języka niemieckiego z kopii dokumentu wystawionego w dniu 23 sierpnia 2012r.przez Nord/LB sceptycznie, uznając, że może on potwierdzać jedynie istniejące procedury organizacyjne jednego banku.

Według Izby Odwołujący nie udowodnił w sposób niebudzący wątpliwości, że wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert był zbyt krótki.

Izba uznała również, że przedłożone na rozprawie orzeczenia Krajowej Izby

Odwoławczej nie wiążą składu orzekającego w przedmiotowej sprawie.

Nadto nie jest pewne czy wskutek takiego ustalenia terminu do złożenia ofert zarówno audytorzy, jak i banki na zlecenie Odwołującego nie zaproponują innych terminów.

Izba przyjmując, że ustalony przez Zamawiającego termin do przygotowania i złożenia ofert był właściwy, wzięła również pod uwagę istotną okoliczność, to jest możliwość zapoznania się przez wykonawców ze specyfiką przedmiotu zamówienia, już podczas prowadzonego dialogu konkurencyjnego, w przeciwieństwie do trybów otwartych, gdzie wiedza wykonawców, co do przedmiotu zamówienia, z reguły jest tworzona, dopiero po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia i SIWZ.

Nadto informacja dotycząca zbliżonego terminu na sporządzenie ofert była również przekazana w trakcie dialogu.

Powyższe wynika z treści protokołów ze spotkań w ramach dialogu konkurencyjnego.

Zdaniem Izby przedmiotowe przedsięwzięcie Partnerstwa Publiczno – Prawnego jest unikalne jedynie w Polsce, natomiast w większości Krajów Starej Unii Europejskiej są to rozwiązania standardowe.

W swoim rozstrzygnięciu Izba rozważyła również aspekt związany z dofinansowaniem przedmiotowego zadania. Z treści § 7 pkt. 2 Umowy o dofinansowanie nr POIS.02.01.00-00-003/10-00 Projektu nr POIS.02.01.00-00-003/10 zawartej w dniu 5 października 2011r. pomiędzy Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej a Zamawiającym okres kwalifikowalności wydatków rozpoczyna się od dnia 1 stycznia 2007r. i kończy w dniu 31 grudnia 2015r.

W myśl § 7 ust.3 tej umowy Zamawiający jest zobowiązany zakończyć realizację zakresu rzeczowego wskazanego Projektu zgodnie z harmonogramem i w terminie kwalifikowalności.

Także nie bez znaczenia jest okoliczność, że opóźnienie Zamawiającego przekraczające 6 miesięcy w stosunku do harmonogramu, stanowi podstawę do rozwiązania umowy na zasadzie § 19 ust.2 pkt.1.

Jednocześnie należy wskazać, że pismem z dnia 20 lipca 2012r.z Ministerstwa Środowiska I.dz. DFEmp-792-/28678/12/ap zostało wyrażone przez Instytucję Pośredniczącą zaniepokojenie aktualnym stanem realizacji projektów dotyczących budowy

instalacji do termicznego przetwarzania odpadów komunalnych. Jako jedną z okoliczności wskazano przedłużające się postępowania przetargowe.

Za poprawną motywację Zamawiającego Izba uznała również, jego dbałość o interes ekonomiczny mieszkańców miasta Poznania, który mógłby doznać uszczerbku, gdyby koszt funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi został w pełni przerzucony na mieszkańców, a mogłoby to nastąpić wskutek zniweczenia dobrodziejstwa przysporzenia finansowego ze środków unijnych z powodu przekroczenia terminów wynikających z obowiązującego harmonogramu.

Odnosnie drugiego zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art.41 ust.2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT w zw.art.7 ust.1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby przyjęte w pkt.13.3 rozdziału I SIWZ postanowienia miały na celu umożliwienie dokonania porównania cen złożonych ofert. Przewidziana przez Zamawiającego jednolita, stawka podatkowa 23% - zdaniem Izby – jest jednakowa dla wszystkich wykonawców, zatem nie można twierdzić, że jej wprowadzenie w jakikolwiek sposób narusza zasadę równości i konkurencyjności.

Jednocześnie należy wskazać, że przedmiotowa stawka podatku VAT ma charakter jedynie stały, jeżeli chodzi o dokonanie porównania złożonych ofert, co oznacza, że na etapie realizacji zamówienia może obowiązywać zupełnie inna stawka podatkowa, wskutek zmian obowiązującego prawa.

Izba nie uznała za wystarczający dowód na potwierdzenie istnienia stawki preferencyjnej, pisma z dnia 20 czerwca 2012r. Urzędu Statystycznego w Łodzi wskazującego na klasyfikację PKWiU 38.21.23.0 dotyczącą Usług związanych ze spalaniem odpadów innych niż niebezpieczne mając na uwadze, że przedmiot zamówienia ma bardziej złożony charakter i składa się nie tylko z powołanych usług związanych ze spalaniem, ale zawiera w sobie również dostawę instalacji spalania i usługę zarządzania spalarnią, co może mieć wpływ na inną kwalifikację wyrobu czy usługi.

Z tych powodów Izba nie uznała za przekonywujące powołane wyżej pismo na poparcie twierdzeń o naruszenie art.41 ust.2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT w zw.art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut o naruszenie przez Zamawiającego art.29 ust. 1 w zw. z art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, że powyższy zarzut odnosi się jedynie do postanowień umownych opisanych w SIWZ.

Według Izby nie wszystkie postanowienia projektu umowy, w tym także te powołane przez Odwołującego w pkt. 3.3.1 lit.f, pkt. 25.1.3 lit.b, pkt.6.3.5, pkt.4.4.4, pkt.10.3.1, pkt.10.3.3, pkt. 8.4.2) oraz w załączniku 1.1.1 odnoszą się do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w ogóle nie wykazał w postępowaniu odwoławczym, iż zaskarżone w ramach tego zarzutu postanowienia dotyczą przedmiotu zamówienia oraz ich związku z naruszeniem przez Zamawiającego zasady równości i konkurencyjności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art.29 ust.1 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, że jedynie opis przedmiotu zamówienia dokonany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty może stanowić przyczynę do uznania wadliwości tego opisu. Dyspozycja tego przepisu dotyczy przedmiotu zamówienia, a nie warunków umownych.

Już chociażby z tych powodów zarzut naruszenia art.29 ust.1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Niemniej jednak wymaga zauważenia, że na zasadzie art.14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Przechodząc, zatem na grunt prawa cywilnego nie mogły ujść uwadze Izby postanowienia przepisu art.353¹ k.c. statuujące jedną z fundamentalnych zasad tego działu prawa – zasadę swobody umów.

Strony mogą w każdym przypadku ułożyć kształtujący się pomiędzy nimi stosunek prawny według własnego uznania. Swoboda ta nie może być w żaden sposób reglamentowana mocą rozstrzygnięć arbitralnych.

Wyjątki od powyższej zasady dotyczą jedynie sytuacji, gdyby treść lub cel umowy sprzeciwiały się naturze(właściwości) zobowiązania, ustawie lub zasadom współżycia społecznego.

Odwołujący zgłosił zarzut naruszenia przepisu art.29 ust.1 ustawy Pzp w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp, lecz nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób naruszający zasadę równości i konkurencyjności.

Odnosząc się jednak do powyższego zarzutu Izba przyjęła, że wskazane w SIWZ pojęcie Dobrych Praktyk Branżowych zostało właściwie zdefiniowane przez Zamawiającego na gruncie SIWZ i ma ono istotne dla niego znaczenie, bowiem wskazuje ono wzorzec najwyższej staranności w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Staranność tego rodzaju jest wymagana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez Odwołującego działalności i wymóg ten odpowiada treści art.355 § 2 k.c. oraz skomplikowanemu charakterowi zamówienia.

Nie uznała za właściwe żądanie Odwołującego wprowadzenia zamkniętego katalogu niezbędnych zezwoleń uznając, iż przemawiają za tym względy dynamiki kontraktowej polegające na tym, że w trakcie obowiązywania umowy mogą powstać inne reguły prawne wprowadzające nowe kategorie zezwoleń.

Za bezzasadne Izba potraktowała żądanie Odwołującego zdefiniowania nakładów inwestycyjnych przyjmując, że jest to pojęcie powszechnie znane zarówno w ekonomii, jak i statystyce. Wniosek zaś o zmianę pkt. 25.1.3 lit. b jest korzystnym dla Odwołującego rozszerzeniem okoliczności mogących skutkować zmianą umowy, bez uwzględnienia interesu drugiej strony.

Izba nie zaaprobowała wykładni pkt. 6.3.5 projektu umowy, jako postanowienia o charakterze zaostrej odpowiedzialności Odwołującego. Zdaniem Izby sporne postanowienie ma znaczenie jedynie klauzuli nakładającej na Odwołującego obowiązek starannego działania w zakresie przygotowania i uzasadnienia wniosku o zmianę decyzji środowiskowej.

Za chybiony należy uznać również zarzut dotyczący treści pkt.10.3.1, pkt.10.3.3 projektu umowy, jako, że w trakcie prowadzonego dialogu konkurencyjnego Odwołujący miał możliwość zapoznania się z projektami umów przyłączeniowych, warunkami przyłączenia do

sieci ciepłej oraz sieci elektrycznej, a także istotnymi postanowieniami umowy sprzedaży nieruchomości.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego odnoszącej się do pkt. 8.4.2 projektu umowy z tego powodu, że wskazany tam katalog zdarzeń odszkodowawczych został przez Zamawiającego zamknięty, a jego rozszerzenie powodowałoby ograniczenie odpowiedzialności Odwołującego.

Wszystkie te postanowienia – w ocenie Izby – w żaden sposób nie stawiają Odwołującego w gorszej sytuacji niż pozostałych uczestników prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejny zarzut Odwołującego oparty o przepis art.29 ust.2 ustawy Pzp w zakresie pkt. 12.3.1 lit.d z powodu uznania go przez Zamawiającego i wycofania go na rozprawie, Izba potraktowała, jako bezprzedmiotowy i wobec tego niewymagający rozpoznania. To samo dotyczyło pkt.6.3.3 projektu umowy posługującego się pojęciem ograniczonej licencji lub sublicencji.

Izba nie uznała za wystarczającą argumentację Odwołującego zmierzającą do przedłużenia terminu na przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku o zmianę decyzji środowiskowej wraz z wszelkimi koniecznymi załącznikami z 3 miesięcy na 6 miesięcy (pkt12.2 l.p.2 SIWZ), która nie znalazła oparcia w złożonych przez niego dowodach. Dodatkowo należy podkreślić, że Odwołujący w trakcie prowadzonego dialogu miał możliwość zapoznania się z większością elementów koniecznych do wykonania powyższego postanowienia, a także należy zwrócić uwagę, że informacje konieczne do sporządzenia tej dokumentacji znajdują się w Programie Funkcjonalno-Użytkowym określonym w SIWZ.

W zakresie żądania modyfikacji pkt. 17.7.6 projektu umowy, Izba nie znajduje żadnych podstaw do miarkowania limitu odpowiedzialności z tytułu zwrotu przez Zamawiającego kosztów prowizji aranżacyjnej, prowizji za gotowość oraz prowizji za wcześniejszą spłatę.

Stosownie do przepisu art.361 § 2 k.c. w powyższych granicach, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

Powyższy przepis przewiduje możliwość ograniczenia umownej odpowiedzialności kontraktowej.

Oceniając ten zarzut, Izba doszła do przekonania, że pkt. 17.7.6 projektu umowy w żaden sposób nie został opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Reasumując należy stwierdzić, że powołanie się przez Odwołującego na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.29 ust.2 ustawy Pzp poprzez wskazanie niektórych postanowień SIWZ nie jest trafne z tego powodu, że te zaskarżone postanowienia SIWZ, nie odnoszą się do możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji, lecz dotyczą zobowiązań umownych.

Ostatecznie nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art.91 ust.2 tejże ustawy poprzez wprowadzenie w pkt.14.2 rozdziału I SIWZ podkryterium 2.4 – prowizja aranżacyjna(prowizja przygotowawcza) oraz podkryterium 2.5 – prowizja za gotowość(prowizja za zaangażowanie), jako podkryteria niekonkurencyjne.

Izba uznała za poprawną motywację zamawiającego zgodnie, z którą intencją wprowadzenia spornych podkryteriów było zmobilizowanie partnera prywatnego do ustalenia z podmiotami finansującymi jak najmniejszych kosztów obsługi, co ma istotne znaczenie przy ponoszeniu przez Zamawiającego odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu zwrotu kosztów prowizji na wypadek rozwiązania umowy.

Izba przy tym stwierdziła, że przedmiotowe podkryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia i dotyczyły kosztów obsługi kontraktu. Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniu Odwołującego, przedmiotowe podkryteria mają charakter konkurencyjny, bowiem wymuszają na wykonawcach większą inicjatywę w procesie pozyskania finansowania. Sprawa zaś finansowania zamówienia jest sprawą wewnątrz - organizacyjną wykonawcy.

Należy wskazać, że przepis art.91 ust.2 ustawy Pzp wymienia kryteria oceny ofert jedynie przykładowo, a ich katalog jest otwarty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:

.....

.....

.....