

Sygn. akt: **KIO/UZP 56/08,**

KIO/UZP 64/08

WYROK
z dnia 11 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Barbara Bettman
Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11.02.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28.01.2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Zarządzanie Nieruchomościami "TURHAND - RET" Spółka z o.o., Opole, ul. Dworska 2B

B. Feroma Sp. z o.o., Opole, ul. Reymonta 47

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miasta Opola, Opole, Plac Wolności 7-8** protestów:

A. Zarządzanie Nieruchomościami "TURHAND - RET" Spółka z o.o., Opole, ul. Dworska 2B z dnia 27.12.2007 r.

B. Feroma Sp. z o.o., Opole, ul. Reymonta 47 z dnia 27.12.2007 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **xxx** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i unieważnia postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta Opola, Opole, Plac Wolności 7-8**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zarządzenie Nieruchomościami "TURHAND - RET" Spółka z o.o., Opole, ul. Dworska 2B.**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Feroma Sp. z o.o., Opole, ul. Reymonta 47.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7866 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Urząd Miasta Opola, Opole, Plac Wolności 7-8** na rzecz **Zarządzenie Nieruchomościami "TURHAND - RET" Spółka z o.o., Opole, ul. Dworska 2B** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu.
 - B** kwoty 5834 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset trzydzieści cztery złote zero groszy) przez **Urząd Miasta Opola, Opole, Plac Wolności 7-8** na rzecz **Feroma Sp. z o.o., Opole, ul. Reymonta 47,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu, zastępstwa procesowego oraz dojazdu.

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zarządzanie Nieruchomościami "TURHAND - RET" Spółka z o.o., Opole, ul. Dworska 2B.**
- B** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Feroma Sp. z o.o., Opole, ul. Reymonta 47.**

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Opole zamierza udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie II i Zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie III (zamówienie podzielone na dwie części).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DzOPWE dniu 12 grudnia 2007 roku pod numerem 2007/S 239-291183.

Wobec jego treści z zachowaniem terminu ustawowego protesty wnieśli:

1. Turhand-ret Sp. z o.o. (TURHAND);
2. Feroma Sp. z o.o. (FEROMA)

TURHAND podniósł zarzut, iż przedmiot zamówienia opisany został w sposób nieprecyzyjny i niezgodny z prawem zamówień publicznych. Wywiódł, że Katalog zadań zarządcy (załącznik nr 2 do wzoru umowy), który zgodnie z pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) miał opisywać szczegółowo przedmiot zamówienia, jest nieprecyzyjny. Jako przykład na poparcie tego twierdzenia wskazał Rozdział IX Katalogu i podniósł, że zawarte w nim sformułowania:

„- wykonanie konserwacji mającej na celu utrzymanie technicznej sprawności budynków i budowli;

- dopasowania stolarki okiennej i drzwiowej, regulacji baskwili;

- konserwacja pokryć dachowych;

- częściowa wymiana rynien i rur spustowych”

nie wskazują zakresu i częstotliwości czynności, które mają zostać wykonane. Zamawiający nie podaje również innych istotnych informacji np. powierzchni dachów.

Dodatkowo TURHAND podniósł, że zamawiający zobowiązuje wykonawcę do czynności, do których dokonania Wykonawca nie jest uprawniony np. sprawdzenia prawidłowości działania wodomierza głównego oraz wodomierzy zainstalowanych w lokalach.

Ponadto zarzucił zamawiającemu, że przewidziana w pkt XII Katalogu zadań zarządcy możliwość zmiany zadań dodatkowo zniekształca opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiając tym samym dokonanie prawidłowej wyceny usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy wniósł o dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

FEROMA zarzuciła Zamawiającemu:

1. niezgodny z ustawą opis przedmiotu zamówienia;
2. sformułowanie warunków udziału w postępowaniu przez wprowadzenie zakazu powierzenia części zamówienia podwykonawcom;
3. sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z ustawą, w szczególności z art. 91 ust. 1 i 2, niekorzystny dla zamawiającego i naruszający jednocześnie dyscyplinę wydatkowania środków publicznych.

W uzasadnieniu protestu wywiodła, że wskazany w SIWZ kod CPV: 70.33.00.00-3 odnosi się jedynie do usługi zarządzania nieruchomościami na zasadzie bezpośredniej płatności bądź umowy. Zamawiający natomiast w Rozdziale 14 pkt 5 wskazuje jako jeden z elementów oceny ofert usługę pogotowia technicznego. Jednak do usługi tej brak jest odniesień zarówno w postaci wskazania kodu CPV, jak i podania rodzaju i zakresu pogotowia technicznego, z którego wynikałoby, jak należy tę usługę wycenić. W opinii FEROMA wadliwe jest również wyłączenie możliwości zatrudnienia podwykonawcy przy wykonywaniu zamówienia.

Jako sprzeczne z prawem FEROMA wskazała również dokonany przez zamawiającego w pkt XIV SIWZ opis kryteriów i sposobu dokonywania oceny ofert. Podniosła, że podzielenie kryterium ceny na podkryteria oraz przyporządkowanie im wag procentowych powoduje, że przy odpowiednim dopasowaniu elementów ceny w poszczególnych podkryteriach prowadzi do tego, że wyższą ocenę punktową otrzyma oferta droższa, co jest sprzeczne z ustanowionym przez zamawiającego jedynym kryterium oceny w postaci ceny oferty.

Powołując się na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2, art. 22 ust. 2, 29 ust 1 i 2, art. 30 ust. 7, art. 39 oraz art. 91 ustawy FEROMA wniosła o:

1. wprowadzenie modyfikacji Rozdziału II pkt 2.2 SIWZ oraz § wzoru umowy przez wyrażenie zgody na powierzenie części zamówienia dotyczącej świadczenia usług pogotowia technicznego podwykonawcom;
2. dopisanie kodu CPV do usługi pogotowia technicznego;

3. usunięcie podkryteriów cenowych i ustanowienie jednego kryterium ceny;
4. unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, jeżeli dokonanie zmian objętych żądaniem protestu naruszałoby art. 38 ust. 5 ustawy

Pismami z dnia 4 stycznia 2008 roku Zamawiający oddalił oba protesty.

W dniu odwołanie do Prezesa urzędu zamówień Publicznych za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego wniósł TURHAND, zaś w dniu w analogiczny sposób złożyła FEROMA.

W złożonych odwołaniach obaj wykonawcy podtrzymali zarzuty podniesione w proteście oraz polemizowali ze stanowiskiem zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciach protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, Oryginałów ofert złożonych w postępowaniu oraz wysłuchała oświadczeń stron na rozprawie.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego zważyła i ustaliła, co następuje.

Izba stwierdza, że Odwołujący TURHAND posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Na powyższe, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie ma wpływu fakt, iż w jednej dacie Odwołujący złożył protest oraz wystąpił do Zamawiającego z pytaniami do treści SIWZ.

Termin na wniesienie protestu dotyczącego treści ogłoszenia, a w niniejszym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego również dotyczącego postanowień SIWZ jest zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy terminem zawitym. Po jego upływie Wykonawca niezadowolony z otrzymanych wyjaśnień SIWZ nie mógłby skutecznie składać środków ochrony prawnej na treść SIWZ. Ponadto protest stanowi mocniejszy bezpośredni środek ochrony interesu prawnego wykonawcy.

Art. 29 ust. 1 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert.

W postępowaniu Zamawiający nie wypełnił wymagań zawartych w ww. przepisie, choć nie wszystkie szczegółowe zarzuty Izba podzieliła.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w § 2 wzoru umowy oraz Katalogu Zadań Zarządcy (załącznik Nr 2 do wzoru umowy). Załączniki 1A i 1B do SIWZ umożliwiają dokonanie zalecanej przez Zamawiającego wizji lokalnej i zapoznania się ze stanem technicznym budynków. Wykonawcom służy również uprawnienie do zapoznania się z wpisami do ksiąg obiektów.

Art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2004 roku, Nr 261, poz. 2603) stanowi, iż zarządzanie nieruchomościami jest działalnością zawodową wykonywaną przez zarządców nieruchomości. W art. 184 ust. 4 ustawodawca sprecyzował, że zarządcy prowadzą działalność zawodową na podstawie licencji zawodowej oraz wpisu do centralnego rejestru zarządców.

Profesjonalny charakter działalności potencjalnych wykonawców zamówienia oraz zakres mogących zostać udostępnionych informacji przewidziany przez Zamawiającego powinny umożliwić prawidłowe dokonanie wyceny usługi w badanym zakresie.

Ponadto, co wykazało postępowanie dowodowe, koszty utrzymania nieruchomości (koszty materiałowe, koszty konserwacji i temu podobne) ponosi Zamawiający i nie są one pokrywane z wynagrodzenia Zarządcy. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że z ww. powodów wykonawcy nie mogą prawidłowo wycenić ofert.

Zamawiający zalecił w pkt 5 ppkt. 7 SIWZ zdobycie na własną odpowiedzialność i ryzyko wszelkich dodatkowych informacji, które są konieczne do przygotowania oferty i zawarcia umowy, co w argumentacji odwołania uzasadniałoby zarzut braku precyzji w dokonanym opisie. Na rozprawie Zamawiający oświadczył, że pojęcie to odnosi się do informacji uzyskiwanych w czasie dokonywania wizji lokalnej oraz wglądu w książki obiektów. Odwołujący nie wykazał, jakie informacje mające wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności dokonanie jej wyceny byłyby dla niego niedostępne przy dokonywaniu tych czynności a miałyby znaczenie dla prawidłowej wyceny oferty.

Powyższe wskazuje, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut oparty na treści Rozdziału IX Katalogu Zadań Zarządcy, iż zawarte w nim sformułowania:

- wykonanie konserwacji mającej na celu utrzymanie technicznej sprawności budynków i budowli;
- dopasowania stolarki okiennej i drzwiowej;
- konserwacja pokryć dachowych;
- częściowa wymiana rynien i rur spustowych wskazują na brak wystarczającej precyzji przy opisie przedmiotu zamówienia.

Wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że takie sformułowanie nie stanowi naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Izbę wykazało, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymaga również zaoferowania usługi pogotowia technicznego, której nie wskazał w SIWZ jako przedmiot zamówienia. Zamawiający nie podał w SIWZ, co wchodzi w zakres pogotowia technicznego tzn. nie podał precyzyjnie zakresu czynności. Wprawdzie w kolejno udzielanych odpowiedziach na pytanie podał, w jakich godzinach usługa ta ma być świadczona oraz jakich uprawnień wymaga od osób, które usługę tę będą wykonywać to jednak nie może to zostać uznane za wypełnienie normy zawartej w art. 29 ustawy. Również w odpowiedziach na pytanie dopuścił możliwość realizacji usługi pogotowia technicznego przez podwykonawców i w tym zakresie w ocenie Izby uwzględnił zarzut zawarty w proteście, dotyczący udziału podwykonawców.

W ocenie Izby wskazane przez zamawiającego na rozprawie, na okoliczność opisaną usługi pogotowia technicznego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, sformułowania użyte w §2 ust. 3 umowy obarczone są brakiem dostatecznej precyzji. Nie jest możliwe skuteczne wywiedzenie z jego treści zakresu odpowiedzialności przy wykonywaniu tej usługi, rozmiarów kosztów związanych z jej wykonywaniem. W przekonaniu Izby stanowisko przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie, że koszty materiałowe pogotowia ponosi zamawiający, zaś osobowe wykonawcy (w związku, z czym możliwe jest prawidłowe wycenienie usługi pogotowia) powinno być jednoznacznie zakomunikowane wykonawcom na etapie przygotowań do składania oferty, gdyż ma istotny wpływ na jej cenę.

Ponadto Izba stwierdza, że stanowisko Zamawiającego, iż pogotowie techniczne polegać ma jedynie na zabezpieczeniu miejsca awarii i dlatego nie powoduje kosztów dla wykonawcy, nie znajduje potwierdzenia w § 2 ust. 3 projektu umowy. Zamawiający przewidział w nim w ramach pogotowia technicznego „prowadzenie niezbędnych prac zabezpieczających istniejące instalacje, podejmowanie działań niezbędnych zmierzających do zahamowania występowania dalszych bezpośrednich następstw awarii i ich usunięcia.”

Usługa ta we wspólnym Słowniku Zamówień opisana jest innym kodem CPV, którego w dokumentach postępowania Zamawiający nie podaje.

Okoliczność, że wg szacunków zamawiającego usługa pogotowia technicznego stanowi 5% wartości przedmiotu zamówienia, nie zwalnia go od obowiązku określenia jej jako przedmiotu zamówienia. Przepisy prawa nie definiują pojęcia „pogotowie techniczne” nawet w sposób ogólny. Brak możliwości odesłania do obowiązujących norm powoduje, że niezbędne jest opisanie przez zamawiającego jego zakresu pogotowia technicznego oraz sposobu jego realizacji ze szczególną starannością.

Użyte przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania SIWZ, projekcie umowy, katalogu zadań zarządcy, określenia obarczone są brakiem dostatecznej precyzji. Okoliczności, co wchodzi w zakres usługi pogotowia technicznego, jakie są minimalne

wymagania techniczne i kadrowe (posiadany sprzęt i personel techniczny) wykaz czynności nie powinny być pozostawiane domysłowi wykonawców.

Odpierając zarzut zawarty w proteście, że zastrzegł dla siebie możliwość dowolnej modyfikacji przedmiotu zamówienia, Zamawiający zacytował treść kwestionowanego postanowienia Katalogu zadań zarządcy, zgodnie z którym „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zamiany zadań określonych w katalogu zadań zarządcy (załącznika), co nie będzie stanowić zmiany umowy (załącznika) pod warunkiem, że zmiany wprowadzone przez Zamawiającego nie spowodują znacznego wzrostu czasochłonności i nakładu pracy zarządcy lub zwiększenia kosztów świadczenia usług.”

Jego treść nie odpowiada oświadczeniu Zamawiającego, że jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie nastąpią na mocy porozumienia stron. Przeciwnie, Izba podziela wywód Odwołującego, że jest to jednostronne uprawnienie Zamawiającego oraz, że daje mu również możliwość okrojenia zadań objętych przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby jest to okoliczność mogąca mieć wpływ na obliczenie ceny oferty, zwłaszcza, że Zamawiający zastrzegł sobie, iż część obowiązków związanych z realizacją umowy zostanie dookreślona po zawarciu umowy z wykonawcą. Z uwagi na znaczny rozmiar przedmiotu zamówienia oraz jego wartość obowiązki sprawozdawcze są istotnym elementem jego realizacji i mogą mieć wpływ na ustalenie ceny ofertowej. Dlatego też Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego w tym zakresie.

Okoliczność, że do realizacji usługi zarządzania odnoszą się przepisy obowiązującego prawa (tzn. ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz m.in. brawa budowlanego) nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w stopniu umożliwiającym prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Izba ustaliła, iż ostatnie wyjaśnienia precyzujące przedmiot zamówienia wykonawcy otrzymali w dniu 10 stycznia 2008 roku. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 17 stycznia 2008 roku i Zamawiający nie dokonał jego zmiany. Izba stwierdza, że w ustalonych wyżej okolicznościach faktycznych Zamawiający winien przedłużyć termin składania ofert zgodnie z art. 38 ust. 6 ustawy, gdyż w toku wyjaśnień udzielał informacji mających wpływ na treść oferty, która w miarę udzielania przez niego wyjaśnień mogłaby zostać zmieniona.

Na podstawie oryginałów ofert złożonych w postępowaniu Izba stwierdziła, że różnice cen zaproponowanych przez Wykonawców w złożonych ofertach sięgają prawie 50%. W ocenie Izby rozpiętość ta może być skutkiem braku dokładnego opisu przedmiotu zamówienia. Niejednoznaczne i nieprecyzyjne postanowienia SIWZ mogły spowodować, że wykonawcy zaproponowali różny zakres czynności (w różny sposób rozumieli treść projektu

umowy i katalogu zadań zarządcy). W związku z tym oferty mogą być nieporównywalne, gdyż Zamawiający przewidział ocenę ofert jedynie na podstawie kryterium ceny.

Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym.

Powyższe oraz fakt, że Zamawiający dokonał w dniu 17 stycznia 2008 roku otwarcia ofert skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający stwierdził, że dowodem na to, iż nie naruszył zasady równego traktowania są ustanowione przez niego w SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty i oświadczenia, jakie ma zawierać oferta, z których jego zdaniem nie wynika chęć preferowania jakiegokolwiek wykonawcy.

Badając powyższe stwierdzenie Izba ustaliła, że pkt 4.2 SIWZ stanowi, że „W celu potwierdzenia wymogów art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy (...) a także dysponowania przez Wykonawcę **po uzyskaniu** zamówienia potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający żąda złożenia:” wykazu określonego w pkt 4.2.2) SIWZ potwierdzającego dysponowaniem (na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia obejmującego m.in. „3 licencjonowanych zarządców **zatrudnionych nie później niż w ciągu 1 miesiąca od daty zawarcia umowy o zarządzanie**”.

Art. 22 ust. 1 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek wymagania od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia aby:

- posiadali uprawnienie do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia;
- dysponowali osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia - (art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 *in fine* ustawy).

Z obowiązku stawiania takich wymagań a następnie dokonywania ich weryfikacji Zamawiający nie może się zwolnić. Odpowiednio art. 26 ust. 1 ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej. Sytuacja taka ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Ponadto, z powodu możliwości wykonania usługi zarządzania wyłącznie przez licencjonowanych zarządców stosowne licencje są dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy.

§ 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zamawiający żądać od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. nr 87, poz. 605) stanowi, że w celu potwierdzenia,

że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania zamawiający może żądać koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętej zamówieniem.

Wykonawcy niespełniający warunków udziału w postępowaniu lub nie przedkładający żądanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów nie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego tzn. złożyć oferty podlegającej merytorycznej ocenie, gdyż powinni zostać wykluczeni z postępowania zgodnie z art., 24 ust. 1 pkt 10 lub art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zasadą jest, że wykonawcy powinni spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz złożyć potwierdzające to dokumenty na dzień składania ofert. Jedyne wyjątek od tej reguły wprowadza art. 26 ust. 3 ustawy, umożliwiając złożenie lub uzupełnienie dokumentów. Przepis ten ma na celu zapobieganiu eliminacji wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i może być stosowany jedynie w sytuacji postawienie tych warunków i odpowiedniego określenia potwierdzających to dokumentów.

Przedmiotem postępowania jest usługa zarządzania. Jak wskazano wyżej wykonywać ją mogą jedynie osoby posiadające odpowiednie uprawnienia. Zamawiający nie ustalił jednak takiego warunku w postępowaniu, choć był zobowiązany to uczynić. Ponadto w pkt 4.1 SIWZ nie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie takich uprawnień albo dysponowania osobami, które te uprawnienia posiadają. Za spełnienie tego warunku nie może być uznana przewidziana przez Zamawiającego konieczność dołączenia kopii licencji do wykazu osób, które będą wykonywać zamówienie. Jest to rozbieżne z dopuszczeniem zatrudnienia licencjonowanych zarządców (i tym samym złożenia przez nich licencji) nie później niż miesiąc od zawarcia umowy.

Co więcej Zamawiający dopuścił *expressis verbis* możliwość, iż udzieli zamówienia publicznego wykonawcy, który nie będzie w stanie go wykonać, gdyż nie będzie w dacie podpisania umowy faktycznie dysponował zarządcami. Ustalił natomiast, że czynności zarządzania powinny być wykonywane od daty zawarcia umowy i z tą chwilą rozpoczyna się odpowiedzialność wykonawcy za zarządzanie, co potwierdził na rozprawie.

Okoliczność, że ich zatrudni (na podstawie umowy o pracę lub stosunku cywilnoprawnego) jest zdarzeniem przyszłym niepewnym. Zamawiający tym samym uzależnia realizację zamówienia od ziszczenia się warunku zawieszającego (zatrudnienie zarządców po podpisaniu umowy), co w ocenie Izby jest sprzeczne z zasadami udzielenie zamówień publicznych.

Jest to okoliczność tym bardziej istotna, że w razie zaistnienia takiej sytuacji Zamawiający nie może udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną przez zamawiającego jako druga w kolejności. Służą mu jedynie uprawnienie

wynikające z zawartej umowy tzn. możliwość żądania zapłaty kar umownych, odstąpienie od umowy oraz ew. możliwość żądania zapłaty odszkodowania.

Podkreślić należy, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił późniejsze zatrudnienie jedynie zarządców. Takiej możliwości nie przewidział w stosunku do osób posiadających uprawnienia budowlane, które nie są niezbędne do realizacji usługi zarządu (co sam przyznał na rozprawie)

Czynność Zamawiającego polegająca na ustanowieniu w Ogłoszeniu i SIWZ wadliwych warunków udziału w postępowaniu (braku ich postawienie w sytuacji, gdy wynika to z przepisów prawa) narusza art. 22 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy oraz uniemożliwia udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy – co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy. Czynność ta godzi również w zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Powyższe uzasadnia również zarzut Odwołującego, że opis warunków udziału w postępowaniu narusza art. 22 ust. 2 ustawy oraz uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i stanowi o konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Izba nie podziela twierdzenia Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy można podnieść jedynie po złożeniu ofert i dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a przed otwarciem ofert zarzut ten jest *a priori* niedopuszczalny. Przeciwnie Izba stwierdza, że postanowienia dotyczące kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert powinny być przedmiotem szczególnej staranności Zamawiającego przy ich tworzeniu oraz są wnikliwie badane przez wykonawców na każdym etapie postępowania, z uwagi na treść art. 38 ust. 5 ustawy i wynikający z niego zakaz zmian przyjętych przez Zamawiającego kryteriów.

Art. 2 pkt 5 ustawy stanowi, iż ofertą najkorzystniejszą może być albo oferta z najniższą ceną, albo oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy kryteriami oceny ofert może być albo najkorzystniejsza cena, albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów podanych w SIWZ – art. 91 ust. 1 ustawy.

Z przepisów ustawy, w szczególności z art. 38 ust. 5 wynika, że kryteria oceny ofert powinny być niezmiennie w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Fakt, iż Zamawiający w początkowym etapie postępowania ustalił je w sposób wadliwy jest bezsporny, uznał to Zamawiający dokonując w dniu 10 stycznia 2008 roku (tydzień przed terminem składania ofert) modyfikacji sposobu oceny oferty. W postępowaniu

protestacyjnym i odwoławczym Odwołujący udowodnił w sposób niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, że pierwotnie dokonany przez Zamawiającego podział kryterium ceny na 5 podkryteriów oraz przyporządkowanie im wag procentowych, sumowanie tak obliczonych w poszczególnych podkryteriach punktów prowadzi do sytuacji, że za najkorzystniejszą w postępowaniu może być uznana oferta, której cena nie jest najniższa.

Nietrafnie wywodzi Zamawiający, że nie dokonał zmiany kryteriów oceny ofert. W ustaleniu Izby odpowiedzi na pytania z dnia 10 stycznia 2008 roku - zestaw III w sposób jednoznaczny wskazują, że Zamawiający takiej modyfikacji dokonał. Izba stwierdza, że samo pozostawienie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, powołany jako argument na potwierdzenie tezy, że działanie Zamawiającego nie narusza art. 38 ust. 5 ustawy, nie może się ostać. Zamawiający zmienił podkryteria cenowe w ten sposób, że wagi procentowe zastąpił średnimi ważonymi. Zmienił również całkowicie algorytm służący wyłonieniu najkorzystniejszej oferty i przekazał wykonawcom zmieniony formularz ofertowy.

Wobec jednoznacznego zakazu wynikającego z art. 38 ust. 5 ustawy Izba stwierdza, że takie działanie Zamawiającego powoduje istotną wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Imperatywny charakter normy art. 93 ust. 1 ustawy powoduje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy.

Ponadto Izba stwierdza, że zamieszczone zarówno w SIWZ, jak i rozstrzygnięciach protestu pouczenie o środkach ochrony prawnej jest niewystarczające. Ugruntowany zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie pogląd wskazuje, że dyspozycji art. 36 ust. 1 pkt 17 ustawy nie spełnia jedynie wymienienie tych środków oraz podanie ustawowej regulacji. Niezbędnym minimum w tym zakresie jest wskazanie terminu i podmiotu, do którego są wnoszone oraz wskazanie na konieczność wykazania interesu prawnego.

Mając na względzie powyższe ustalenia wskazujące na istnienie wad uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy uznając za uzasadnione koszty zastępstwa procesowego oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego FEROMA Sp. z o.o. na podstawie złożonych rachunków na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*