

WYROK
z dnia 19 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Integrum Management sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Siemianowice Śląskie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (Rozdział V ust. 1 pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Sekcja III.2.3) ust. 1 pkt 1.1 ogłoszenia o zamówieniu) przez zmniejszenie powierzchni budynków mieszkalnych z wartości „nie mniejszej niż 450.000 m²” do wartości „nie mniejszej niż 225.000 m²” oraz dokonanie odpowiednich zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Siemianowice Śląskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zarządzanie mieszkaniowym zasobem Gminy Siemianowice Śląskie”, zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu (dalej: „Ogłoszenie”) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 października 2015 r. pod numerem 2015/S 204-370974. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Treść Ogłoszenia i postanowienia SIWZ zostały zaskarżone w dniu 30 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Impel Cleaning sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Integrum Management sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”). Zarzucono w nim Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu Ogłoszenia i SIWZ,
2. art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, przez wadliwy opis warunków udziału w Postępowaniu,
3. art. 142 ust. 5 Pzp przez zaniechanie ustalenia w treści SIWZ postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. modyfikacji i ujednoczenia postanowień Rozdziału V ust. 1 pkt. 1.2 w następującym brzmieniu lub równoważnym:
„[...]Wykonawca musi wykazać, że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usługi (kontrakty) zarządzania budynkami mieszkalnymi, przy czym każda usługa (kontrakt) wykonywana była/jest nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej powierzchni budynków mieszkalnych wszystkich usług (kontraktów) nie mniejszej niż 450 000,00m².

- Przez powierzchnię budynków mieszkalnych należy rozumieć powierzchnię budynków mieszkalnych zgodnie z definicją podaną w pkt III ppkt 3 lit. b) SIWZ.[...]",
2. zmiany postanowień SIWZ – dodatek nr 13 wzór umowy § 13 ust. 1.2 – w następujący sposób:

„[...]”

1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:
 - a) stawki podatku od towarów i usług,
 - b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.
2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.
3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.
4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.
5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.
6. Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c).

7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

[...].”

Odwołujący oświadczył, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ obecna treść Ogłoszenia i postanowienia SIWZ naruszają przepisy Pzp, a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z nimi i ubieganie się o udzielenie zamówienia.

I. Warunki udziału w Postępowaniu

Zamawiający ustalił w SIWZ (Rozdział V ust. 1 pkt 1.2) warunki udziału w Postępowaniu związane z posiadaniem wiedzy i doświadczenia Wykonawców, tj.:

„[...]Wykonawca musi wykazać, że wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 usługi (kontrakty) zarządzania budynkami mieszkalnymi, przy czym każda z nich wykonywana była/jest nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy i co najmniej jedna z nich dotyczyła budynków mieszkalnych o powierzchni nie mniejszej niż 450.000,00 m².

Przez powierzchnię budynków mieszkalnych należy rozumieć powierzchnię budynków mieszkalnych zgodnie z definicją podaną w pkt III ppkt 3 lit b) SIWZ.[...]”.

Podnieść należy, iż wprowadzenie przez Zamawiającego do opisu warunku udziału w Postępowaniu tak dużej powierzchni budynków mieszkalnych stanowi bezspornie warunek nadmierny, a przez to ograniczający konkurencję. Taki opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków narusza przepis art. 22 ust. 4 Pzp, gdyż opis winien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący stwierdził, iż obecnie na polskim rynku nie ma podmiotu, który administruje w zakresie jednej umowy tak dużą powierzchnią (511 900 m²), zazwyczaj tego typu metraże rozbite są na kilka oddzielnych zleceń. Podał, że podobne zamówienie udzielone przez Gminę Lublin, w imieniu której działa Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Lublinie, dotyczące usługi administrowania lokalami będącymi własnością Gminy Lublin, znajdującymi się w budynkach wspólnot mieszkaniowych wraz z utrzymaniem terenów przyległych, numer sprawy PE/WSPÓLNOTY/2015, (588.095,28 m²) zostało rozbite na 8 zadań. W związku z podziałem uległy obniżeniu wymagania dotyczące doświadczenia, gdzie należy wykazać się administrowaniem 10 nieruchomościami.

Odwołujący oświadczył, że administruje nieruchomościami o powierzchni około 1.000.000 m², co oznacza, że z usług korzysta około 90 podmiotów, co daje 12.900 mieszkań. Należy wziąć również pod uwagę, iż największa wspólnota mieszkaniowa w Warszawie (Marina Mokotów), którą administruje Odwołujący obejmuje budynki mieszkalne, użytkowe,

place zabaw, duże obszary zielone, a nawet jezioro. Różnice w powierzchni mogą robić pozorną różnicę, należy jednak pamiętać, że powyżej 100.000 m² złożoność procesu zarządzania zasobami jest podobna. Wymagania opisane w SIWZ jednoznacznie wskazują, iż Zamawiający preferuje podmiot dotychczas wykonujący zlecenie, czyli Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich.

II. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy

Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ termin realizacji umowy ustalony został przez Zamawiającego na 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia obowiązywania umowy.

Zamawiający w dokumentacji Postępowania (Dodatek nr 13 wzór umowy § 13 ust. 1.2) postanowił, że dopuszcza zmiany umowy w razie:

„[...]”

- 1.2. zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany
 - 1) stawki podatku od towarów i usług,
 - 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W razie zmian, o których mowa powyżej Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o zmianę wynagrodzenia pod warunkiem, że wykaże i udokumentuje w jaki sposób zmiany te będą miały wpływ na koszt wykonania przez Wykonawcę zamówienia publicznego. Ewentualna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy nie może być wyższa niż wskaźnik wynikający ze zmian wprowadzonych przepisami prawa, o których mowa powyżej.

[...]”.

Odwołujący stwierdził, że wskazane regulacje nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 Pzp, gdyż:

1. Zamawiający ograniczył się wyłącznie do przeniesienia regulacji zawartej w przepisie art. 142 ust. 5 Pzp bez precyzyjnego wskazania szczegółowych zasad i procedury przeprowadzenia waloryzacji wynagrodzenia umownego należnego Wykonawcy,

2. Zamawiający oświadczył, iż ogranicza wysokość waloryzacji wynagrodzenia, gdyż zmiana postanowień umowy nie może spowodować wzrostu wynagrodzenia należnego wykonawcy ponad wartość wskaźnika, który nie został przez Zamawiającego w żaden sposób określony,
3. Zamawiający w postanowieniach umownych zaniechał wskazania terminu wejścia w życie znowelizowanych przepisów prawa – jako terminu, od którego będzie obowiązywało wynagrodzenia wykonawcy w zmienionej wysokości.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 142 ust. 5 Pzp wprowadza obowiązek waloryzacji wynagrodzenia, a nie uprawnienie dla stron, które miałyby charakter uznaniowy. W rezultacie Zamawiający nie może określać zasad waloryzacji w sposób fakultatywny przez stosowanie zwrotów typu „wynagrodzenie może ulec zmianie”; „wynagrodzenie może być waloryzowane”; „waloryzacja może nastąpić”; „zmiana jest dopuszczalna” lub równoważnych.

Przepis art. 142 ust. 5 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym Zamawiający jest zobligowany określić w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający w ww. opisie dopuszczalnych zmian do umowy nie zawarł żadnych regulacji dot. rzeczonych zasad wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści przepisu art. 142 ust. 5 Pzp. Na podstawie postanowień umownych zmiana taka będzie dokonywana w oparciu o wniosek wykonawcy po przeprowadzeniu negocjacji. Zasady prowadzenia tychże negocjacji nie zostały przez zamawiającego opisane, co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznacza również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust. 5 Pzp, negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący, a także każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, wbrew wykładni przepisu art. 142 ust. 5 Pzp oraz sprzecznie z jego celem, nie uzyskał pewności, że:

1. wysokość jego wynagrodzenia ulegnie modyfikacji – zmiana, zgodnie z postanowieniami umowy, jest dopuszczalna, a nie obligatoryjna,

2. odpowiednio do wzrostu obciążeń publicznoprawnych wzrośnie wynagrodzenie wykonawcy – zgodnie z umową wysokość ewentualnego wzrostu ustalona zostanie w wyniku negocjacji.

Zmiana do przedmiotowej umowy w ww. zakresach uzależniona jest od wyniku negocjacji. Postanowienie takie jest niezgodne z przepisem art. 142 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym wysokość waloryzacji powinna być wprost zależna od wzrostu obciążeń publicznoprawnych wykonawcy z tytułów, o których mowa powyżej.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zawarte w SIWZ postanowienia nie realizują dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 Pzp w zakresie dotyczącym zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia, gdyż nie został opisany:

1. termin, od którego będzie obowiązywało zwaloryzowane wynagrodzenie,
2. o jaką wartość lub wielkość waloryzacja będzie dokonywana,
3. jaki będzie mechanizm waloryzowania wynagrodzenia wykonawcy przewidziany w zawartej umowie.

Odwołujący podkreślił, że działania Zamawiającego stoją w sprzeczności z celem nowelizacji przepisu art. 142 Pzp. Uzasadnieniem jego wprowadzenia była m.in. okoliczność, że: „[...]w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.[...]”.

Zdaniem Odwołującego celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych. Wniosek taki wynika

z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczenia przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określonymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.

Odwołujący dodał, że z art. 142 ust. 5 Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione adekwatnie do zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uznał w części za zasadne zarzuty w zakresie naruszenia art. 142 ust. 5 Pzp i poinformował o dokonaniu, w dniu 4 listopada 2015 r., w trybie art.38 ust.4 i 6 Pzp, zmiany treści SIWZ, zmiany terminu składania i otwarcia ofert i zmiany Ogłoszenia i zamieszczeniu zmian na stronie (<http://bip.msiemianowicesl.finn.pl>), o czym powiadomił wszystkich wykonawców.

W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co wiąże się bezpośrednio z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). W powołaniu na treść opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej UZP stwierdził, że opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakemu ma on służyć, a więc zapewnienia wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Naruszenie art. 22 ust. 4 Pzp byłoby możliwe gdyby Zamawiający

wymagał dysponowania przez wykonawcę wiedzą i doświadczeniem, które nie będą potrzebne do prawidłowego wykonania zamówienia. Z kolei „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, iż opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania podmiotu zamówienia.

Podał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie zarządzania nieruchomościami obejmującymi zasób, w skład którego wchodzi:

1. nieruchomości będące własnością Zamawiającego, zabudowane budynkami mieszkalnymi i niemieszkalnymi o powierzchni
2. nieruchomości będące w samoistnym posiadaniu Zamawiającego, zabudowane budynkami mieszkalnymi i niemieszkalnymi,
3. lokale komunalne w budynkach wspólnot mieszkaniowych stanowiące własność Zamawiającego oraz Skarbu Państwa,
4. inne obiekty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane będące własnością Zamawiającego, np. garaże, kioski,
5. nieruchomości niezabudowane będące własnością Zamawiającego,

Podał, że powierzchnia objęta zarządzaniem wynosi:

- 1.. budynki mieszkalne będące własnością Zamawiającego lub będące w samoistnym posiadaniu Zamawiającego – 399.826,80 m²,
- 2.. budynki niemieszkalne będące własnością Zamawiającego lub będące w samoistnym posiadaniu Zamawiającego – 8.511,44 m²,
- 3.. lokale komunalne w budynkach wspólnot mieszkaniowych, stanowiące własność Zamawiającego oraz Skarbu Państwa – 79,693,07 m²,
- 4.. inne obiekty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, będące własnością Zamawiającego np. garaże, kioski – 10.229,17 m²,
- 5.. nieruchomości niezabudowane, będące własnością Zamawiającego – 13.639,52 m²,

co daje łącznie 511.900,00 m²

Zamawiający przytoczył treść warunku udziału w Postępowaniu i zakres żądanych na potwierdzenie jego spełnienia dokumentów i stwierdził, że w jego ocenie stawiane w SIWZ wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy nie są nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze, przedmiot każdej z dwóch usług objętych treścią warunku ma obejmować zarządzanie budynkami mieszkalnymi, a więc odpowiada przedmiotowi zamówienia.

Po drugie, przedmiot jednej z dwóch usług referencyjnych ma obejmować zarządzanie budynkami mieszkalnymi (zgodnie z definicją podaną w pkt III ppkt 3 lit. b) SIWZ) o powierzchni

nie mniejszej niż 450.000 m², a więc nie większej niż powierzchnia budynków mieszkalnych do zarządzania wynosząca 488.031,94 m² i przewyższająca wymaganą powierzchnię usługi referencyjnej.

Zamawiający oświadczył, że nie zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, jakoby także wykonawca, który świadczył bardziej rozdrobnione usługi (tj. na podstawie większej ilości umów wykazuje odpowiednią wiedzę i doświadczenie, aby z pozytywnym skutkiem wykonać zakres zamówienia przewidziany w niniejszym postępowaniu. Wartość pojedynczej usługi referencyjnej (objętej jedną umową) daje obraz jej trudności i złożoności, czego nie musi gwarantować suma usług wykonywanych w okresie trzech lat na podstawie wielu odrębnych umów. Postępowanie dotyczy jednego zamówienia, co nie jest równoznaczne z zawarciem wielu umów na identyczne działania. Nie do przyjęcia jest wniosek Odwołującego, aby dopuścić do udziału w postępowaniu każdy podmiot, który realizował w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert usługi w oparciu o dowolną ilość umów, ponieważ nie odpowiadałyby one skali realizowanego przedsięwzięcia.

Zamawiający stawiając powyższy warunek chciał osiągnąć cel nadrzędny, tj. wybrać wykonawcę, który sprostą szerokiemu spektrum do obsługi w ramach usługi zarządzania, dokona właściwej optymalizacji zakresu świadczonych usług i będzie posiadał konieczne doświadczenie, wykwalifikowaną kadrę, jako przesłankę do należytej realizacji usługi zarządzania obejmującej swym zakresem obszar całego miasta Siemianowice Śląskie. Opisany w SIWZ poziom warunku zapewnia jedynie minimum niezbędne do świadczenia będącej przedmiotem zamówienia usługi zarządzania biorąc pod uwagę wielkość zasobu, jego stan techniczny (opis stanu technicznego budynków zawiera Wieloletni Program Gospodarowania Mieszkaniowym Zasobem Gminy Siemianowice Śląskie na lata 2012 – 2017, przyjęty uchwałą nr 331/2013 Rady Miasta Siemianowic Śląskich z dnia 24 stycznia 2013 r. stanowiący Dodatek nr 8 do SIWZ) oraz zakres czynności, do wykonania których zobowiązany będzie wykonawca w ramach umowy o zarządzanie (szczegółowo opisanych we wzorze umowy stanowiącym Dodatek nr 13 do SIWZ).

Zamawiający oczekuje zarządzania w zakresie znacznie rozszerzonym. W szczególności wykonawca poza zwykłym zarządzaniem, będzie także prowadził nadzór nad infrastrukturą techniczną oraz zapewni bieżącą konserwację, sprzątanie części wspólnych nieruchomości i przyległych terenów oraz będzie przygotowywał i przeprowadzał postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z wymogami Pzp, w tym wykonywał czynności zastrzeżone dla kierownika Zamawiającego (pełnomocnictwo zostanie udzielone odrębnym dokumentem). W ramach usługi zarządzania wykonawca zapewni m.in.: wykonanie robót budowlanych, realizacji dostaw i świadczenia usług zgodnie z przekazanym przez Zamawiającego: wykazem zadań remontowych w zarządzanym

zasobie, wykazem obiektów budowlanych zakwalifikowanych do rozbiórki, wykazem zadań remontowych w wolnych lokalach mieszkalnych przeznaczonych do zasiedlenia oraz zapewni usuwanie wszelkich awarii w zarządzanym zasobie. Ponadto usługa zarządzania obejmuje także lokale mieszkalne, dla których w ramach umowy wykonawca obowiązany będzie określać między innymi stan techniczny przed jego zasiedleniem.

Zamawiający podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu mają na celu sprawdzenie czy określony wykonawca jest zdolny zrealizować określone zamówienie objęte zakresem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu, jakim jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, jest zobowiązany do ustalenia wymagań w tym zakresie na takim poziomie, aby wszyscy wykonawcy dysponujący doświadczeniem wystarczającym do prawidłowej realizacji zamówienia byli w stanie go osiągnąć. Przy czym nie oznacza to, iż zamawiający musi w taki sposób określać opis sposobu spełniania warunku w zakresie posiadania przez wykonawcę doświadczenia i wiedzy, aby były w stanie spełnić go wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży.

Mając na uwadze, że obecne brzmienie przepisu art. 22 Pzp wprowadza wyraźny podział między warunkami udziału w postępowaniu, a sposobem oceny spełniania tych warunków, Zamawiający zwrócił uwagę, iż przepis art. 22 Pzp miał odmienne brzmienie do momentu wejścia w życie tzw. „małej nowelizacji”, czyli do 22 grudnia 2009 r. Przedmiotowa nowelizacja uchyliła przepis art. 22 ust. 2 Pzp, który zakazywał zamawiającym takiego określania warunków udziału w postępowaniu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W miejsce uchylonego ustępu wprowadzono właśnie przepis art. 22 ust. 4 Pzp mówiący o tym, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że twierdzenie, jakoby na polskim rynku nie było podmiotu legitymującego się oczekiwanym doświadczeniem, nie zostało udowodnione. Ponadto wskazał, że w poprzednio prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę pn. „Zarządzanie mieszkaniowym zasobem Gminy Siemianowice Śląskie” oferty złożyło trzech wykonawców, z których każdy spełniał warunek udziału w postępowaniu związany z posiadaniem wiedzy i doświadczenia, mimo iż wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem co najmniej jednej usługi (kontraktu) zarządzania budynkami mieszkalnymi o powierzchni co najmniej 500.000,00 m², a więc o powierzchni wyższej niż aktualnie wymagana. Zamawiający podał, że na rynku polskim funkcjonują obecnie podmioty, które – wbrew twierdzeniu Odwołującego – administrują w zakresie jednej umowy tak dużą powierzchnią, o czym świadczy m.in. zawarta przez Wojskową Agencję Mieszkaniową umowa

na usługę zarządzania nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej o powierzchni przewyższającej 6.000.000,00 m².

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu poprzedzającym rozprawę Odwołujący cofnął zarzut naruszenia przepisu art. 142 ust. 5 Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasową argumentację w zakresie zarzutów, które nie zostały cofnięte.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowody z treści Ogłoszenia i SIWZ.

Izba postanowiła nie dopuścić Wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego z uwagi na niespełnienie wymogu zgłoszenia przystąpienia w jednej z przewidzianych przepisem art. 185 ust. 2 zd. drugie Pzp form. Odnotowano, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłano w załączniku do korespondencji poczty elektronicznej w dniu 2 listopada 2015 r. (w formie skanu pisma), co uchybia wymogowi doręczenia go Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Należy w tym miejscu zauważyć, że skoro wykonawca wnoszący odwołanie wobec postanowień SIWZ dąży do zapewnienia sobie możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i ubiegania się o nie (w tym bowiem należy upatrywać interesu, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp), to w konsekwencji formułowane przez niego żądania odnośnie oczekiwanego brzmienia SIWZ realizować będą wspomniany powyżej cel. Wykonawca korzystający ze środka ochrony prawnej nie występuje w roli rzecznika interesu publicznego i nie dąży do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem poczyniń zamawiającego, a jedynie do usunięcia naruszeń przepisów Pzp, które uniemożliwiają mu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd,

argumentacja Zamawiającego podważająca sformułowane na rozprawie postulaty dotyczące brzmienia zaskarżonego warunku udziału w Postępowaniu nie mogła się ostać.

Na podstawie dokumentacji Postępowania ustalono, że przedmiot zamówienia scharakteryzowany został w Rozdziale III ust. 1 SIWZ jako świadczenie usług w zakresie zarządzania nieruchomościami polegających na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu w szczególności:

1. zapewnienie właściwej gospodarki ekonomiczno-finansowej nieruchomości,
2. zapewnienie bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości,
3. zapewnienie właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów Prawa energetycznego,
4. bieżące administrowanie nieruchomością,
5. utrzymanie nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem,
6. uzasadnione inwestowanie w nieruchomość,

zwanych dalej „usługami zarządzania” lub „zarządzaniem”, obejmujące zasób, w skład którego wchodzi:

1. nieruchomości będące własnością Zamawiającego, zabudowane budynkami mieszkalnymi i niemieszkalnymi,
2. nieruchomości będące w samoistnym posiadaniu Zamawiającego, zabudowane budynkami mieszkalnymi i niemieszkalnymi,
3. lokale komunalne w budynkach wspólnot mieszkaniowych stanowiące własność Zamawiającego oraz Skarbu Państwa,
4. inne obiekty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane będące własnością Zamawiającego, np. garaże, kioski,
5. nieruchomości niezabudowane będące własnością Zamawiającego.

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału III ust. 2 SIWZ powierzchnie objęte zarządzaniem przedstawiają się następująco:

1. budynki mieszkalne będące własnością Zamawiającego lub będące w samoistnym posiadaniu Zamawiającego – 399.826,80 m²,
2. budynki niemieszkalne będące własnością Zamawiającego lub będące w samoistnym posiadaniu Zamawiającego – 8.511,44 m²,
3. lokale komunalne w budynkach wspólnot mieszkaniowych stanowiące własność Zamawiającego oraz Skarbu Państwa – 79.693,07 m²,
4. inne obiekty budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane będące własnością Zamawiającego, np. garaże, kioski – 10.229,17 m²,
5. nieruchomości niezabudowane będące własnością Zamawiającego – 13.639,52 m².

Przedstawiona powyżej charakterystyka usług zarządzania znalazła odzwierciedlenie w § 1 ust. 1 wzoru umowy (dodatek nr 13 do SIWZ). Ponadto, w § 5 ust. 1 wzoru umowy stwierdzono, że zarządzanie zasobem polega na podejmowaniu wszelkich decyzji oraz dokonywaniu czynności prawnych, faktycznych i procesowych w granicach obowiązujących przepisów prawa oraz Umowy. Z kolei w ust. 3 wskazano, że zarządzanie zasobem obejmuje w szczególności:

1. wykonywanie czynności administracyjnych określonych w załączniku nr 4 do Umowy,
2. wykonywanie czynności związanych z windykacją zaległych należności z tytułu czynszu i opłat od czynszu niezależnych (w tym eksmisja z lokalu), jak również czynności związanych z windykacją odszkodowania należnego za bezumowne korzystanie z lokalu wraz z opłatami, określonych w załączniku nr 5 do Umowy,
3. wykonywanie czynności związanych z prowadzeniem spraw finansowych określonych w załączniku nr 6 do Umowy,
4. wykonywanie czynności zapewniających prawidłową eksploatację zarządzanego zasobu określonych w załączniku nr 7 do Umowy,
5. wykonywanie czynności związanych z bieżącą konserwacją określonych w załączniku nr 8 do Umowy,
6. organizowanie wykonania zadań remontowych w zarządzanym zasobie, w tym w wolnych lokalach mieszkalnych przeznaczonych do zasiedlenia, rozbiórki obiektów budowlanych zgodnie z treścią załącznika nr 9 do Umowy,
7. organizowanie usuwania awarii zgodnie z treścią załącznika nr 9c do Umowy.

W pozostałym zakresie (brzmienie kwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu i wykaz dokumentów mających potwierdzać jego spełnianie) stan faktyczny został przedstawiony rzetelnie w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie.

Izba uznała, że potwierdził się podlegający rozpoznaniu (*ergo* podtrzymany przez Odwołującego) zarzut dotyczący warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wskazać należy, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowią mają dla zamawiającego gwarancję, że wyłoniony w jego toku wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Stanowią one jednocześnie barierę zapobiegającą ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego przez każdego wykonawcę z danej branży, tj. również takiego, który ze względu na brak odpowiedniej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego etc. nie będzie w stanie podołać realizacji zamówienia. Oczywistym jest, że zamawiający ma prawo tak sformułować warunki udziału w postępowaniu, aby służyły one urzeczywistnieniu opisanego powyżej celu, tym niemniej

działanie takie cechować musi racjonalność, nie zaś dowolność. Jedną z gwarancji, że warunki udziału w postępowaniu realizować będą przedstawione powyżej założenia jest m.in. przepis art. 22 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny ich spełniania powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny.

Izba uznała, że zakwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w Postępowaniu nie spełnia wymogu proporcjonalności. Jakkolwiek Zamawiający trafnie wskazywał, że brak jest legalnej definicji tego pojęcia, tym niemniej – uwzględniając jego znaczenie językowe oraz dotychczasowy dorobek doktryny i orzecznictwa – należy stwierdzić, że proporcjonalny oznacza tyle, co wyrażający określony stosunek części do całości. Proporcjonalność w kontekście warunków udziału w Postępowaniu wyraża się takim ich sformułowaniem, które – z jednej strony – zabezpiecza zamawiającego przed wykonawcami, którzy ze względu na sytuację podmiotową lub stopień skomplikowania zamówienia nie dają rękojmi jego należytego wykonania, z drugiej zaś – nie stanowi nadmiernej bariery uniemożliwiającej ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom dającym rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia.

Ad casum Zamawiający w treści warunku odniósł się do usługi zarządzania zasobem mieszkaniowym argumentując na rozprawie, że w jego ramach wykonawca zobligowany będzie do wykonywania szeregu czynności faktycznych i prawnych, które opisane zostały szczegółowo w przytoczonych powyżej postanowieniach SIWZ, czego *nota bene* Odwołujący nie kwestionował. W konsekwencji, mając jednocześnie na uwadze określoną w treści warunku powierzchnię zasobu objętego usługą zarządzania, należało dojść do wniosku, że zaskarżony warunek jest niemal identyczny z zakresem usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, co stawia w uprzywilejowanej sytuacji dotychczasowego wykonawcę usługi objętej Postępowaniem. Odwołujący trafnie wskazywał, że powierzchnia zasobu mieszkaniowego Zamawiającego wynikająca z opisu przedmiotu zamówienia (488.031,94 m² – wartość wskazana przez Zamawiającego, a wynikająca z odpowiedzi na odwołanie) jest niewiele mniejsza od tej wskazanej w treści warunku.

Zamawiający nie przedstawił, w ocenie składu orzekającego, żadnych argumentów przemawiających za zasadnością określenia tego parametru na tak wysokim poziomie. Nie mogło odnieść skutku odwoływanie się do charakterystyki zasobu mieszkaniowego objętego zamówieniem, skoro warunek do tej kwestii się nie odnosił. Także powoływanie się na pogląd prawny wyrażony przez Izbę w innym orzeczeniu było chybione, skoro nie jest wiadome na gruncie jakiego stanu faktycznego został on wyrażony. Z kolei twierdzenia, że w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego, w którym omawiany parametr określony został na wyższym od aktualnego poziomie, a mimo to wzięło w nim udział kilku wykonawców spełniających warunek w zakresie

wiedzy i doświadczenia, nie zostały w żaden sposób udowodnione. Wreszcie samo twierdzenie, że wartość parametru uzasadniona jest skalą działalności Zamawiającego nie jest wystarczające do uznania, że zasada proporcjonalności została zachowana.

Reasumując, Izba uznała za zasadne sformułowane przez Odwołującego żądanie obniżenia minimalnej wielkości wymaganej powierzchni zasobu mieszkaniowego do połowy, tj. do 225.000 m² stwierdzając, że tak określony parametr, przy uwzględnieniu pozostałej treści warunku, zapewni Zamawiającemu możliwość wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Jednocześnie skład orzekający doszedł do przekonania, że uwzględnienie innych proponowanych przez Odwołującego rozwiązań wypaczałoby sens postawionego przez Zamawiającego warunku, prowadząc do nadmiernego rozdrobnienia powierzchni zasobu mieszkalnego, którego miałyby dotyczyć usługi referencyjne.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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.2010.41.238). Nie podlegały zasądzeniu wskazane w złożonym do akt postępowania odwoławczego zestawieniu koszty związane z dojazdem na rozprawę. Zgodnie z § 3 pkt 2 ww. aktu wykonawczego o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego Izba orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Ponadto skład orzekający stwierdził, że we wspomnianym zestawieniu nie wskazano podstaw zastosowanego przelicznika (stawki za 1 km podróży) i nie wynika z niego czy użyty samochód był samochodem służbowym, czy też samochodem prywatnym użytym w celach służbowych. Należy ponadto podkreślić, iż przepisy wspomnianego rozporządzenia mają charakter autonomicznej regulacji prawnej. Przepisy dotyczące rozliczania należności pracowniczych z tytułu podróży służbowej nie wyłączają konieczności dokonania przez Izbę własnej oceny, co do zakwalifikowania danych kosztów do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: