

Sygn. akt: KIO 174/12

**WYROK**  
**z dnia 8 lutego 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADM” Sp. z o.o., ul. Kosynierów 35, 41-219 Sosnowiec**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Gminę Siemianowice Śląskie, ul. Jana Pawła II 10, 41-100 Siemianowice Śląskie**,

przy udziale wykonawcy **Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Śmiłowskiego 15, 41-100 Siemianowice Śląskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADM” Sp. z o.o., ul. Kosynierów 35, 41-219 Sosnowiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADM” Sp. z o.o., ul. Kosynierów 35, 41-219 Sosnowiec**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

## UZASADNIENIE

Dnia 27 stycznia 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie z art. 180 ust. 1 oraz w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2010, nr 113, poz. 759ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADM” Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Siemianowice Śląskie

Odwołanie złożono od decyzji Zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy „Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (zwanej dalej „MPGKiM” ) jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w ustawie Pzp, a w szczególności:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą Pzp,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, którego oferta w swej treści nie odpowiada treści SIWZ,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej sprzecznie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty firmy MPGKiM,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert,
- wykluczenie wykonawcy MPGKiM z postępowania,
- odrzucenie oferty firmy MPGKiM

- wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej zgodnie z odpowiednimi zapisami SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący oświadczył, iż posiada interes prawny i ekonomiczny we wniesieniu odwołania, albowiem w razie uwzględnienia odwołania i nakazania powtórzenia oprotestowanych czynności, oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle odpowiednich zapisów SIWZ powyższego zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż Zamawiający nie dokonując wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym, uniemożliwia osiągnięcie zakładanego dochodu.

W uzasadnieniu wskazano, że w dniu **18 stycznia 2012 roku** Zamawiający przekazując faxem pismo poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru oferty firmy MPGKiM. jako najkorzystniejszej w świetle kryteriów wyboru oferty określonych w SIWZ. Odwołujący badając treść oferty MPGKiM Sp. z o.o. uznanej przez Zamawiającego jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu i wybranej jako najkorzystniejsza, stwierdza na podstawie dokumentacji opisującej przedmiot postępowania oraz korespondencji prowadzonej w trakcie postępowania, iż wybór oferty MPGKiM został dokonany z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zachowany został zatem termin ustawowy na wniesienia odwołania. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, Odwołujący przesłał Zamawiającemu w dniu **27 stycznia 2012 roku** kopię wniesionego odwołania. Wpis został w prawidłowej dacie i wysokości uiszczony.

Dalej wskazano, że Zamawiający, zgodnie z art. 22 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dokonał opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pkt V ppkt 2 SIWZ w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia posiadanego przez wykonawców i wymagał wykazania się:

co najmniej 2 usługami (kontraktami) zarządzania budynkami mieszkalnymi, przy czym każda z nich wykonywana była nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy i co najmniej jedna z nich dotyczyła budynków mieszkalnych o powierzchni nie mniejszej niż 500.000m<sup>2</sup>.

Przez powierzchnię budynków mieszkalnych należy rozumieć powierzchnię budynków mieszkalnych zgodnie z definicją podaną w pkt III ppkt 3 lit. b) SIWZ: „Ilekcrc w niniejszej SIWZ występuje pojęcie powierzchni należy przez to rozumieć:

b) w przypadku budynków mieszkalnych lub niemieszkalnych - sumę łącznej powierzchni lokali w budynkach oraz łącznej powierzchni nieruchomości wspólnych."

Ponadto w tym samym punkcie SIWZ, Zamawiający zapisał również definicję powierzchni lokali: „w przypadku lokali ~ powierzchnię użytkową lokalu w rozumieniu ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy oraz o zmianie Kodeksu cywilnego z dnia 21.06.2001”.

Zamawiający stworzył, na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego, swoją własną definicję sposobu liczenia powierzchni budynków mieszkalnych lub niemieszkalnych. Odwołujący nie zna powodów leżących u podstaw stworzenia takiej definicji, jednak nie kwestionuje prawa Zamawiającego do takiego działania.

Konsekwencją stworzenia przez Zamawiającego definicji, o której mowa wyżej, jest zaprezentowane w załączniku numer 9 do SIWZ wyliczenie powierzchni budynków mieszkalnych będących własnością Zamawiającego lub będących w samoistnym posiadaniu Zamawiającego. Zestawiając w poniższej tabeli powierzchnie podane przez Zamawiającego dla poszczególnych OEB otrzymuje się następujący wynik:

Rejon	Pow. budynku	Powierzchnia przewidziana do utrzymania czystości				
		Całość	Budynek	Chodniki	Teren utwardzony	Zieleń
OEB I	71 554,05	113 568,90	49 464,19	23 461,44	40 643,27	0,00
OEB II	80 840,54	125 462,00	62 385,00	21 965,00	36 778,00	4 334,00
OEB II	280,00	835,00	184,00	160,00	416,00	75,00
OEB IV	13 155,33	24 350,21	11 232,81	2 924,53	7 392,50	2 800,37
Suma	<b>165 829,92</b>	<b>264 216,11</b>	<b>123 266,00</b>	<b>48 510,97</b>	<b>85 229,77</b>	<b>7 209,37</b>
<b>RAZEM</b>	<b>430 046,03</b>					

Z podsumowania kolumn „Budynek”, „Chodniki”, „Teren utwardzony”, „Zieleń” otrzymuje się wielkość powierzchni ujętą w kolumnie „Całość” i jest to łączna powierzchnia nieruchomości wspólnych z definicji Zamawiającego. Suma powierzchni zawartej w kolumnach „Powierzchnia budynku” i „Całość” daje liczbę 430 046,03 tożsamą z wielkością podaną przez zamawiającego w SIWZ w punkcie III ppkt 2 lit. a) - budynki mieszkalne. Oznacza to, że sam Zamawiający stwierdza, że powierzchnia budynków mieszkalnych przewidzianych do zarządzania, wyliczona według podanej przez niego metodologii, wynosi 430 046,03 m<sup>2</sup>.

Odwołujący dla właściwego zrozumienia opisu sposobu dokonania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego oraz. w świetle stworzonej na potrzeby tego postępowania definicji powierzchni budynków mieszkalnych zadał szereg pytań, w których Zamawiający potwierdził twierdzenie Odwołującego, że zasoby Zamawiającego w odniesieniu do budynków mieszkalnych wynoszą 430.046,03 m<sup>2</sup>.

Odnosząc powyższe do ustanowionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, wskazać należy, iż wykonawca MPGKiM w załączniku numer 8 do złożonej

oferty „Wykaz wykonanych/wykonywanych usług” podał nieprawdziwą informację, że budynki mieszkalne Gminy Siemianowice Śląskie mają powierzchnię 530 000 m<sup>2</sup>. Twierdzenie o nieprawdziwości oświadczenia złożonego przez MPGKiM Odwołujący opiera na bezspornym fakcie, przyznanym przez samego Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, gdzie Zamawiający wyliczył powierzchnię budynków mieszkalnych będących własnością Zamawiającego lub będących w samoistnym posiadaniu Zamawiającego na 430 046,03 m<sup>2</sup>. Należy wskazać, iż sam Zamawiający był w okresie ostatnich trzech lat odbiorcą usługi świadczonej przez wykonawcę MPGKiM, a co za tym idzie precyzyjnie i dokładnie zna wielkość i przedmiot zlecanej przez siebie usługi.

Powierzchnia zarządzania, na jaką referencję wykonawca MPGKiM otrzymał od Zamawiającego, powstała z sumowania powierzchni budynków mieszkalnych oraz powierzchni lokali komunalnych we wspólnotach mieszkaniowych - zatem niezgodnie z wymogiem jaki postawił Zamawiający pkt. V ppkt. 2 SIWZ w związku z definicją zawartą w pkt. III ppkt. 3 litera b). Zamawiający wystawił błędnie referencje na zarządzanie zasobem o powierzchni 530.000 m<sup>2</sup> działając wbrew podanym przez siebie samemu definicjom i sposobom obliczania powierzchni budynków mieszkalnych. Nawet gdyby przyjąć samą treść referencji za prawidłowe, to i tak biorąc pod uwagę opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz powiązaną z tym definicję zamieszczoną w SIWZ nie mogą one być uznane za wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez MPGKiM wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Reasumując, wykonawca MPGKiM nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ustalonego przez Zamawiającego w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia (pkt V ppkt 2 SIWZ). Oświadczenie MPGKiM w zakresie wiedzy i doświadczenia, złożone w załączniku nr 1 do oferty jest nieprawdziwe. A zatem zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, wykonawca MPGK Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania, a złożona oferta powinna zostać odrzucona.

Zamawiający przy dokonywaniu oceny poszczególnych ofert, nie może wybiórczo odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadzi to do naruszania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nieprawdziwa informacja podana w treści referencji załączonych do oferty MPGKiM przesądza w oczywisty i bezsporny sposób o niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie do uzupełnienia treści oferty MPGKiM o wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie w przypadku nie wykazania przez MPGKiM Sp. z o.o. spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V

ppkt 2 SWIZ, wykonawca MPGKiM Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania, a złożona oferta odrzucona.

W dniu Siemianowice **2 lutego 2012 roku**, działając na podstawie art.185 ust. 2 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich. Zgłoszenie nastąpiło w związku z otrzymaniem wezwania do przystąpienia w dniu 30 stycznia 2012 roku. Przystępujący przesłał Zamawiającemu oraz Odwołującemu kopię zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący oświadcza, że posiada interes prawny i ekonomiczny w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W interesie Przystępującego jest zatem utrzymanie w mocy decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący swój zarzut oparł na błędnej interpretacji zapisu punktu V podpunktu 2 SIWZ. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu stworzył własną definicję nie budynku mieszkalnego, ale sposobu liczenia powierzchni budynków mieszkalnych lub niemieszkalnych. Jak słusznie zauważył Odwołujący, definicja ta odnosi się do tego konkretnego postępowania. Skoro zaś Odwołujący nie kwestionuje prawa Zamawiającego do ustanowienia definicji liczenia powierzchni budynków mieszkalnych i niemieszkalnych, to tym samym przyznaje niejako, że definicja ta może być jednym z kilku sposobów liczenia powierzchni budynków.

Definicję budynków mieszkalnych zawiera rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Zgodnie z zawartą tam definicją - budynkami mieszkalnymi są obiekty budowlane, w których co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej jest wykorzystywana do celów mieszkalnych.

Odwołujący nie dostrzega, iż MPGKiM zarządzał i zarządza nie tylko budynkami w całości należącymi do Zamawiającego, bądź będącymi w jego wyłącznym posiadaniu. W zestawieniu przedstawionym na stronie 4 odwołania, Odwołujący ujął jedynie budynki będące własnością Zamawiającego lub będące w samoistnym posiadaniu Zamawiającego. Celowo natomiast pominął budynki będące współwłasnością Zamawiającego, sugerując w odwołaniu, iż Zamawiający wystawił błędne referencje.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest nieprawdą to, iż Zamawiający jest samoistnym posiadaczem budynków o powierzchni 430 046,03 m<sup>2</sup>, jak i nie jest nieprawdą również to, że MPGKiM wykonywała m.in. na rzecz Zamawiającego usługi w budynkach, w których Zamawiający jest jedynie właścicielem niewydzielonych lokali mieszkalnych.

Na marginesie można zauważyć, iż różnica pomiędzy wielkością powierzchni, na podstawie których ustalono warunki udziału w postępowaniu, a wielkością powierzchni, którymi zarządza MPGKiM dowodzi jedynie tego, iż kryteria udziału w postępowaniu były obiektywne.

Przystępujący pragnie podkreślić, że Odwołujący miał pełną wiedzę o tym jakimi kryteriami kierował się Zamawiający przy ustalaniu kryterium powierzchni, przy żądanych referencjach. Odwołujący zadał wiele pytań dotyczących SIWZ., m. in. w dniu 7.12.2011 r.

Przystępujący zarzuca Odwołującemu brak jakiejkolwiek logiki w zarzutach. Zamawiający w punkcie V podpunkt 2 SIWZ zobowiązał wykonawców do udokumentowania swojego doświadczenia w zarządzaniu budynkami mieszkalnymi o powierzchni nie mniejszej niż 500.000 metrów kwadratowych, nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy. Powierzchnia budynków mieszkalnych miała być mierzona w sposób wskazany w punkcie III podpunkt 3 litera b/ SIWZ, to jest jako suma powierzchni lokali w budynkach oraz powierzchni nieruchomości wspólnych w budynku. Z kolei w punkcie III podpunkt 3 litera a/ SIWZ, Zamawiający wskazał sposób wyliczenia powierzchni użytkowej lokalu, powołując się na definicję powierzchni użytkowej lokalu zawartą w ustawie z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy oraz o zmianie Kodeksu cywilnego.

W oparciu o powyższy, wskazany w specyfikacji sposób liczenia powierzchni, nie można było mieć wątpliwości w jaki sposób należy wyliczyć powierzchnię budynków mieszkalnych, o której mowa w punkcie V podpunkt 2 SIWZ. Nawet gdyby zapis punktu V podpunktu 2 SIWZ był sformułowany inaczej i nie budził żadnych, nieuzasadnionych wątpliwości Odwołującego, to jego oferta byłaby taka sama.

To Odwołujący nie zrozumiał zapisu specyfikacji.

Nawet, gdyby przyjąć, że zapis w specyfikacji był sformułowany nieprecyzyjnie i mógł budzić wątpliwości, to jednoznaczne jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w wyrażone w wyroku z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO 506/10, KIO 534/10 gdzie Izba wskazała, iż "wobec tak postawionego problemu, Izba zajęła stanowisko, że rzeczywiście warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez zamawiającego można rozumieć w co najmniej dwojaki sposób; tak, jak rozumiał to Zamawiający(...) i tak, jak rozumieli to wykonawcy (...), przy czym ten drugi sposób rozumienia warunku jest korzystniejszy dla wykonawców - i dlatego, zgodnie z utartą linią orzecznictwa, iż wątpliwości, co do postanowień SIWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawców, należy przyjąć go za obowiązujący".

W niniejszej sprawie niewątpliwie korzystniejszą interpretacją dla wykonawców jest taka, która pozwala w referencjach wykazać, że wykonawca zarządzał powierzchnią, w skład której wchodzi zarówno powierzchnia lokali w budynkach stanowiących wyłączną własność, współwłasność, bądź będących w wyłącznym posiadaniu zleceniodawcy wystawiającego



referencje oraz powierzchnia lokali we wspólnotach mieszkaniowych, również stanowiących własność tego zleceniodawcy. A więc jako korzystniejsza winna być przyjęta.

Zamawiający wystawił MPGKiM referencje, w których potwierdził, że przez ostatnie 4 lata spółka zarządzała budynkami mieszkalnymi o powierzchni 530.460,64 m<sup>2</sup>, na którą składa się powierzchnia lokali stanowiących własność Gminy Siemianowice Śl. oraz powierzchnia nieruchomości wspólnych w budynkach stanowiących własność Gminy Siemianowice Śl. Tym samym podniesiony zarzut wystawienia błędnych referencji i posłużenia się błędnymi referencjami jest ze wszech miar chybiony, a tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie. Stwierdził, że miasto Siemianowice Śląskie jest miastem na prawach powiatu, Prezydentowi przysługują uprawnienia starosty, który reprezentuje Skarb Państwa w zakresie gospodarowania nieruchomościami. Odwołujący zamieścił w odwołaniu tabelę, w której ujął zestawienie powierzchni w budynkach stanowiących w całości własność Zamawiającego lub będących w jego samoistnym posiadaniu. Pomiął jednak zupełnie wielkość powierzchni lokali komunalnych stanowiących własność Zamawiającego lub Skarbu Państwa, znajdujących się we wspólnotach mieszkaniowych. Wielkość powierzchni tych lokali wynosi 100 414,61 m<sup>2</sup>. Dodając tę wielkość do wskazanej przez Odwołującego powierzchni budynków mieszkalnych, otrzymujemy powierzchnię ponad 530 000,00 m<sup>2</sup>. Taką też powierzchnią zarządza obecnie MPGKiM i na taką powierzchnię wystawiono referencje. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę definicję z SIWZ, łączna powierzchnia lokali w budynkach mieszkalnych obejmuje: powierzchnię lokali znajdujących się w budynkach mieszkalnych będących własnością Zamawiającego lub będących w samoistnym posiadaniu Zamawiającego oraz powierzchnię lokali komunalnych w budynkach wspólnot mieszkaniowych stanowiących własność Zamawiającego lub Skarbu Państwa. Ponadto doliczyć należy łączną powierzchnię nieruchomości wspólnych, co daje w sumie 530 460,64 m<sup>2</sup>.

Prawdą jest, że Odwołujący zadał Zamawiającemu szereg pytań dotyczących opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jednakże w żadnym z udzielonych wyjaśnień na pytania Zamawiający nie informował o tym, że zasoby Zamawiającego w odniesieniu do budynków mieszkalnych wynoszą 430 046,03 m<sup>2</sup>. Mając na względzie powyższe, nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że wykonawca MPGKiM podał nieprawdziwe informacje. Zamawiający dodatkowo przywołał fakt zawarcia z Przystępującym umowy w wyniku udzielenia zamówienia publicznego na zarządzaniem mieszkaniowym zasobem Gminy o powierzchni

wynoszącej 579 700,73 m<sup>2</sup>. Złożył także faktury wystawiane w ramach zawartej umowy. Z tych powodów Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z zapisami SIWZ. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryterium oceny ofert, zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny ofert wybranej, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Nieprawidłowy wybór może pozbawić zatem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Przedmiot zamówienia dotyczy „Zarządzania mieszkaniowym zasobem Gminy Siemianowice Śląskie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano pod numerem 2011/S 224-363758 w dniu 22 listopada 2011 roku.

Na podstawie zapisów SIWZ, w tym rozdziału V – *Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków*, ustalono, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie, w tym tacy, którzy *„wykonali lub wykonują w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, nie mniej niż 2 usługi (kontrakty) zarządzania budynkami mieszkalnymi, przy czym każda z nich*

*wykonywana była nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy i co najmniej jedna z nich dotyczyła budynków mieszkalnych powierzchni nie mniejszej niż 500 000 m<sup>2</sup>.*

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

Zgodnie z pkt III ppkt 3, ilekroć w SIWZ użyto pojęcia powierzchni, należało przez to rozumieć:

- a) *W przypadku lokali – powierzchnię użytkową lokalu w rozumieniu ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy oraz o zmianie Kodeksu cywilnego z dnia 21.06.2001r. (t.j. Dz. U. z 2005 r., nr 31, poz. 266 z późn. zm.);*
- b) *W przypadku budynków mieszkalnych i niemieszkalnych – sumę łącznej powierzchnię lokali w budynkach oraz łącznej powierzchni nieruchomości wspólnych;*
- c) *W przypadku innych obiektów budowlanych, o których mowa w pkt 1 lit. d/ SIWZ – powierzchnię obiektu budowlanego mierzoną po wewnętrznej długości jego ścian;*
- d) *W przypadku nieruchomości niezabudowanych – powierzchnię mierzoną pod długości granic tych nieruchomości.*

Ocena spełniania postawionego warunku w zakresie doświadczenia obyć miała się na podstawie wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca Odwołujący wielokrotnie zwracał się do Zamawiającego z pytaniami odnośnie postanowień SIWZ (21.12.2011r., 22.12.2011r.) w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający odpowiadał za każdym razem, że „ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu nastąpi na podstawie wymienionych w pkt VI SIWZ dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą. Zgodnie z punktem V ppkt 2 SIWZ, 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, nie mniej niż 2 usługi (kontrakty) zarządzania budynkami mieszkalnymi, przy czym każda z nich wykonywana była nieprzerwanie przez okres minimum 12 miesięcy i co najmniej jedna z nich dotyczyła budynków mieszkalnych o powierzchni nie mniejszej niż 500 000,00 m<sup>2</sup>. Zamawiający wyjaśnia, iż przez kontrakt (z łacińskiego „contractus” – umowa) należy rozumieć w prawie cywilnym zgodne oświadczenie woli dwóch lub więcej kontrahentów, celem osiągnięcia określonego skutku prawnego (Popularna Encyklopedia Powszechna, Tom 8, Oficyna Wydawnicza, Kraków 1995)”.

Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. złożył z ofertą wykaz usług liczący dwie pozycje, w tym jedna wykonywana była na rzecz Gminy Siemianowice Śląskie od 03.03.2008 i jest wykonywana nadal. Z referencji odnoszącej się do tej pozycji wynika, że wykonawca zarządzał i nadal zarządza „budynkami mieszkalnymi o łącznej powierzchni lokali w budynkach oraz łącznej powierzchni nieruchomości wspólnych stanowiących łącznie 530 000 m<sup>2</sup> oraz budynkami mieszkalnymi, garażami i kioskami o łącznej powierzchni 22 200 m<sup>2</sup>”.

**Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:**

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu powinny określać szczegółowy sposób i wskazywać według jakich kryteriów oceniana będzie merytoryczna treść oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjmując

jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy wykonawca, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą winien być wezwany do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie postawionych warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, a w przypadku ich nieuzupełnienia lub niewykazania dokumentami winien być wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niespełniania warunków udziału.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił po pierwsze precyzyjnie jakie warunki spełniać musi i wykazać wykonawca chcący uzyskać dane zamówienie, po drugie - jakiego rodzaju dokumenty będą przez niego wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku. Zamawiający określił także na potrzeby postępowania własną definicję pojęcia powierzchni, która to definicja nie została przez żadnego z wykonawców zakwestionowana i stała się wiążąca. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający wyznaczając warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia nie zawęził jego znaczenia do wymagania wykazania się doświadczeniem w zarządzaniu budynkami mieszkalnymi rozumianymi jako powierzchnia tylko budynków mieszkalnych z wyłączeniem powierzchni lokali. Z zamieszczonej w SIWZ definicji pojęcia powierzchni wynika, że za powierzchnię budynków mieszkalnych i niemieszkalnych uważana będzie suma łącznej powierzchni lokali w budynkach oraz łącznej powierzchni nieruchomości wspólnych. Łączna powierzchnia w budynkach mieszkalnych obejmuje zatem powierzchnię lokali znajdujących się w budynkach będących w całości własnością Zamawiającego oraz powierzchnię lokali komunalnych w budynkach wspólnot mieszkaniowych stanowiących własność Zamawiającego, a także łączną powierzchnię nieruchomości wspólnych. Nie przeczy temu brzmienie warunku dotyczące wykazania się doświadczeniem w zarządzaniu budynkami mieszkalnymi o powierzchni co najmniej 500 000,00 m<sup>2</sup> i odrębne definicje dla liczenia powierzchni lokalu i budynku mieszkalnego. W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem w zarządzaniu całymimi budynkami będącymi własnością jednego właściciela. Definicja z pkt III ppkt 3 lit. b SIWZ w żaden sposób nie odnosi się do budynków mieszkalnych jako całości, czy też budynków będących własnością jednego właściciela. Definicja pojęcia powierzchni w jakikolwiek sposób nie odnosiła się do kwestii własności. Do kwestii tej nie odnosił się także warunek udziału

w postępowaniu. Tym samym twierdzenia Odwołującego o wystawieniu nieprawidłowych referencji są błędne. Rozumienia warunku udziału prezentowanego przez Odwołującego nie sposób także wywieść z opisu przedmiotu zamówienia, do którego odwoływał się Odwołujący. Warunku udziału w postępowaniu nie należy interpretować przez opis przedmiotu zamówienia i konstrukcję formularza cenowego. Warunki udziału muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne, nie muszą natomiast odzwierciedlać w całości przedmiotu zamówienia, nie muszą odnosić się do niego w całości. Opis przedmiotu zamówienia przez podział nieruchomości na 4 rodzaje, nie oznacza takiego rozumienia warunku, jakiego upatruje Odwołujący się. Doświadczenie wymagane przez Zamawiającego może być węższe niż cały opis przedmiotu zamówienia, tego też Odwołujący nie neguje. Warunek nie może być określony nieproporcjonalnie, w sposób odbiegający, niezwiązany z przedmiotem zamówienia, natomiast określenie warunku czyniąc tylko część opisu przedmiotu zamówienia jego treścią nie jest działaniem naruszającym przepisy ustawy Pzp. Nie oznacza to jednakże, że skoro Zamawiający w SIWZ wskazał 4 oddzielne kategorie nieruchomości, to określone pojęcie powierzchni do tych kategorii się odnosiło i w sposób tożsamy należało rozumieć znaczenie kategorii budynki mieszkalny, uwzględniając dokonany przez Zamawiającego podział. Nawet jeżeli opis przedmiotu zamówienia obejmuje zarządzanie następującymi kategoriami: budynki mieszkalne będące własnością Zamawiającego lub będące w jego samoistnym posiadaniu, budynki niemieszkalne będące własnością Zamawiającego lub będące w jego samoistnym posiadaniu, lokale komunalne w budynkach wspólnot mieszkaniowych stanowiące własność Zamawiającego lub Skarbu Państwa, inne obiekty budowlane, nieruchomości niezabudowane, to nie oznacza, że w zakres wymaganego doświadczenia odnośnie budynków mieszkalnych nie można było zaliczyć powierzchni lokali, ponieważ do tego rodzaju powierzchni odnosiła się definicja z SIWZ.

W zakresie zarzutu niewykluczenia Odwołującego ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, iż ze złożonej oferty, w tym przede wszystkim ze złożonych referencji wynika, że Przystępujący spełnił postawiony w postępowaniu warunek w zakresie wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem. Nie jest konieczne wzywanie w tym zakresie do złożenia wyjaśnień lub też uzupełnienia dokumentów. Nie potwierdził się w związku z powyższym zarzut zaniechania skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie można było uwzględnić zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca Odwołujący bowiem nie uzasadnił czynionego działaniem i zaniechaniem Zamawiającego zarzutu ograniczając się w odwołaniu do stwierdzenia, że *nieprawdziwa informacja podana w treści referencji załączonych do oferty MPGKiM przesądza w oczywisty i bezsporny sposób o niezgodności treści złożonej oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.* Nawet przyjmując za prawdziwą tezę Odwołującego, że

przedstawione przez Przystępującego oświadczenia uznać można byłoby za nieprawdziwe (czego Odwołujący w jakikolwiek sposób nie wykazał i nie udowodnił), fakt ten nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Niewątpliwie w sytuacji udowodnienia zarzutu jest to podstawa do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Takiego jednak żądania Odwołujący nie postawił. Nie wskazał także w petitum odwołania naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie uwzględniono zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ tylko oferta wykonawcy wykluczonego podlega odrzuceniu. Skoro nie ma podstaw do wykluczenia wykonawcy, to nie jest także możliwe odrzucenie oferty.

Ustalono zatem, iż wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie określonym przez Zamawiającego w SIWZ.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, iż zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu. Nie dopatrzone się także naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Oferty zostały ocenione w tym samym zakresie, z zastosowaniem kryteriów określonych w SIWZ. nie można zatem stwierdzić, że Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, czy też uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**