

**Sygn. akt KIO/UZP 1269/08**

**Sygn. akt KIO/UZP 1271/08**

**WYROK**

**z dnia 21 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk  
Lubomira Matczuk – Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 listopada 2008 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

**A. Turhand – Ret Sp. z o.o., ul. Dworska 2B, 45-752 Opole (sygn. akt: KIO/UZP 1269/08);**

**B. Feroma Sp. z o.o., ul. Katowicka 39, 45-061 Opole (sygn. akt: KIO/UZP 1271/08);**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Opole, Rynek Ratusz, 45-015 Opole** protestów z dnia 15 października 2008 r.

przy udziale **Odnowa Sp. z o.o., ul. Koraszewskiego 8-16, 45-011 Opole** i **Opolskie Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Budowlanych 4, 45-202 Opole** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 1269/08 i KIO/UZP 1271/08 po stronie zamawiającego oraz **Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 127a, 41-914 Bytom**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 1271/08 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględni odwołania i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w rejonach I i II z uwzględnieniem oferty Odwołującego Turhand – Ret Sp. z o.o. oraz w rejonie III, z uwzględnieniem podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających w trybie art. 26 ust. 4 ustawy w tym rejonie oraz w rejonach I i II**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Opole, Rynek Ratusz, 45-015 Opole** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A.** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Turhand – Ret Sp. z o.o., ul. Dworska 2BB, 45-752 Opole;**
  - B.** koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Feroma Sp. z o.o., ul. Katowicka 39, 45-061 Opole;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 936 zł 91 gr** (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych dziewięćdziesiąt jeden groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
  - A** kwoty **6 236 zł 91 gr** (słownie: osiem tysięcy dwieście sześćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt jeden groszy) przez **Gminę Opole, Rynek Ratusz, 45-015 Opole** na rzecz **Turhand – Ret Sp. z o.o., ul. Dworska 2BB, 45-752 Opole**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu i dojazdu
  - B** kwoty **5 700 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Gminę Opole, Rynek Ratusz, 45-015 Opole** na rzecz **Feroma Sp. z o.o., ul. Katowicka 39, 45-061 Opole** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty wpisu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od uiszczonych pełnomocnictw.

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym XXX;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 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 **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Turhand – Ret Sp. z o.o., ul. Dworska 2BB, 45-752 Opole;**
  - B. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Feroma Sp. z o.o., ul. Katowicka 39, 45-061 Opole.**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie I, zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie II, zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie III”, którego dotyczą odwołania wniesione przez Turhand – Ret Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: „*Turhand - Ret*”) oraz Feroma Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: „*Feroma*”), zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 13 sierpnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 156 - 210936). Postępowanie to prowadzi Gmina Opole, zwana dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą*”.

Zamawiający dokonał podziału niniejszego zamówienia na trzy części zamówienia (rejon I, II i III), dopuszczając możliwość składania ofert częściowych. Rozpatrywane przez Izbę odwołania dotyczą odwołanie Turhand – Ret rejonu I i II, natomiast odwołanie Feroma nie zostało w jego treści wprost zastrzeżone jakiego rejonu dotyczy, choć Odwołujący złożył swoją ofertę w rejonie III.

## Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 1269/08 - Odwołujący Turhand - Ret

Zamawiający w piśmie z dnia 8 października 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w dniu 10 października 2008 r.) poinformował o wynikach postępowania, tj. o wykluczeniu wykonawcy Turhand - Ret z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, jednocześnie też powiadamiając Odwołującego o wyborze oferty firmy Odnova Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: „Odnova”) dla rejonu I i oferty Opolskiego Towarzystwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: „OTBS”) dla rejonu II.

Na czynności te Odwołujący Turhand – Ret w piśmie z dnia 15 października 2008 r. złożył do Zamawiającego protest (wpływ protestu do Zamawiającego w tej samej dacie). W proteście tym podniósł zarzuty naruszenia następujących przepisów ustawy: art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 pkt 1 ustawy.

Podnosząc wskazane zarzuty wniósł jednocześnie o unieważnienie czynności wyboru ofert wykonawców: Odnova i OTBS w Opolu i wykluczenie tych wykonawców z udziału w postępowaniu oraz o ponowną ocenę ofert zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z zastosowaniem bezstronności i obiektywizmu.

W uzasadnieniu swojego protestu podniósł, że:

- 1) Zamawiający wykluczając go z udziału w postępowaniu z powodu nie przedstawienia referencji, które potwierdzałyby należyte wykonanie zamówienia wykazywanego przez Odwołującego jako wymagane doświadczenie, a realizowanego na rzecz aktualnego Zamawiającego, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Firma Turhand – Ret wskazywała, że z przedłożonych referencji wynika wykonywanie na rzecz Gminy Opole określonej usługi, a wobec braku zastrzeżenia w jej treści, że zamówienie to jest wykonywane z jakimikolwiek uchybieniami, jest równoznaczne z potwierdzeniem należytego wykonania tej usługi. Nie zgodził się Odwołujący w tym zakresie z argumentacją Zamawiającego, że owe referencje co najwyżej mogą stanowić zaświadczenie wydane przez Gminę poświadczające, że dany wykonawca wykonywał zarządzanie, nie potwierdzają jednak należytego wykonywania tych usług. Dodatkowo firma Turhand – Ret podniosła, że ubiegała się w Gminie Opole o uzyskanie referencji o określonej treści jednak Gmina takich referencji firmie tej nie udzieliła, a udzieliła ich dla OTBS w Opolu. Firma Turhand – Ret wykazywała, że z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia na podstawie zawartych umów wykonawca ten uzyskuje wypłatę należnego mu umownego wynagrodzenia.
- 2) Zamawiający powinien wykluczyć z udziału w postępowaniu OTBS z powodu nie spełnienia przez nią warunku udziału w postępowaniu nakazującym wykonawcom

wykazanie się zarządzania lokalami o powierzchni co najmniej 15 000 m<sup>2</sup> u jednego lub kilku odbiorców. Według Turhand – Ret OTBS wyraźnie oświadcza w referencji i wykazie, że zarządza własnymi zasobami mieszkalnymi czym nie spełnia istotnych postanowień warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał tutaj również, na to, że przedłożone referencje są nieważne ponieważ podpisał je Pan Janusz Kwiatkowi – Zastępca Prezydenta Miasta, jak również członek władz OTBS, co narusza przepis art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy.

- 3) Zamawiający powinien wykluczyć z udziału w postępowaniu firmę Odnowa ponieważ firma ta oferując zarządzanie zasobem komunalnym załączyła wykaz wykonanych usług składając nieprawdziwe informacje w postępowaniu. Wskazują na to takie okoliczności, jak po pierwsze firma ta zarządzając nieruchomościami wspólnot mieszkaniowych zarządza wyłącznie częściami wspólnymi tych nieruchomości i nie do zarządza lokalami stanowiącymi przedmiot własności. W takiej sytuacji wykazywana powierzchnia rzekomo zarządzanych nieruchomości z 23 100 m<sup>2</sup> skurczy się do powierzchni poniżej 15 000 m<sup>2</sup>. Po drugie w wykazywanym przez tę firmę wykazie usług znajduje się 51 lokali komunalnych w rejonie I i II, którymi do dnia 30 września 2008 r. zarządzała firma Turhand - Ret. Podobna sytuacja dotyczy rejonu III. To powoduje dalsze obniżenie wykazywanych w ramach warunku udziału w postępowaniu powierzchni obniżając ją do poziomu poniżej minimalnej określonej przez Zamawiającego granicy.
- 4) Odwołujący w proteście dodatkowo podniósł, że w trakcie trwania procedury przetargowej Zamawiający zwrócił się do niego o wygenerowanie z obsługiwanego przez Odwołującego systemu informatycznego baz danych, kartotek zasobów dla rejonu I i II, będących przedmiotem zamówienia (pismo z dnia 6 października 2008 r.), a według dokumentacji wykonawca miał w ciągu 120 dni założyć bazę danych, czyli kartoteki zasobów . Powyższe w ocenie firmy Turhand – Ret narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Do podniesionych zarzutów w piśmie z dnia 27 października 2008 r. odniósł się Zamawiający rozstrzygając protest poprzez jego oddalenie w całości (rozstrzygnięcie protestu doręczone Odwołującemu w dniu 28 października 2008 r.).

O toczącym się postępowaniu protestacyjnym zamawiający poinformował pozostałych wykonawców, tj. Odnowa i OTBS w dniu 16 października 2008 r. Na skutek tego wezwania swoje przystąpienia odpierając podniesione zarzut złożyły firmy: Odnowa sp. z o.o. i OTBS.

Odnosząc się w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu do argumentacji firmy Turnhand-Ret Zamawiający wskazał przede wszystkim, że nie miał obowiązku wydawania temu wykonawcy referencji o określonej treści, nawet w skutek ponagleń ze strony tego wykonawcy, w szczególności potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający wskazał, że wydane referencje pomimo tytułu stanowią jedynie zaświadczenie, że wykonawca ten wykonywał zamówienie.

Odwołujący Turhand - Ret, nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego, wniósł od niego odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie to zawarte w piśmie z dnia 31 października 2008 r. w tej samej dacie zostało nadane w urzędzie pocztowym operatora publicznego do Prezesa UZP. Kopia odwołania została przekazana w tej samej dacie Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący Turhand – Ret podtrzymał swoje zarzuty, żądania i argumentację z treści protestu.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w piśmie z dnia 4 listopada 2008 r. (wpływ do Prezesa UZP drogą faksową w dniu 7 listopada 2008 r., a oryginał pisma w dniu 12 listopada 2008 r.) zgłosiło OTBS Sp. z o.o. oraz Odnowa - w piśmie z dnia 14 listopada 2008 r., wpływ do Prezesa UZP - 17 listopada 2008 r.

#### Odwołanie o sygn. akt: KIO/UZP 1271/08 - Odwołujący Feroma

Zamawiający w piśmie z dnia 9 października 2008 r. (ta sama data doręczenia Odwołującemu) poinformował wykonawców o wynikach postępowania.

Na czynności te Odwołujący Feroma w piśmie z dnia 15 października 2008 r. złożył do Zamawiającego protest (wpływ protestu do Zamawiającego w tej samej dacie). W proteście tym podniósł zarzuty naruszenia następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ustawy, poprzez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;
- 2) art. 22 ust. 1 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;
- 3) naruszenie przepisu § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane w związku z art. 25 ust. 1 ustawy;

- 4) art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez nie wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu obliczenia zaproponowanej ceny przez Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „ZGM”);
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez nie odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 6) naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy, poprzez uchybienie zaniechania czynności dotyczącej udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W uzasadnieniu protestu podniósł, że Zamawiający nie wezwał wykonawców firm Odnowa, OTBS i ZGM do złożenia oświadczeń w trybie art. 44 ustawy, potwierdzających, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a było to oświadczenie bezpośrednio również żądane w SIWZ w rozdz. 4.1 na str. 3 SIWZ oraz w rozdz. 4.3 na str. 4 SIWZ. W ocenie firmy Feroma Zamawiający wzywając wykonawców do uzupełniania dokumentów, a nie wzywając o przedłożenie tego oświadczenia pozbawił się możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia tego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Firma Feroma wykazywała również, że wskazani wykonawcy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. I tak firma Odnowa nie wykazała się, że zarządzała w okresie 3 lat wymaganym metrażem. Wskazano tu na referencje, pod którymi podpisały się pojedyncze osoby, gdy tymczasem zarząd wspólnoty liczy więcej osób. Poza tym wystawione referencje wskazują na zarządzanie nieruchomością wspólną, gdy tymczasem przedmiotem niniejszego postępowania jest zarządzanie lokalami użytkowymi i mieszkalnymi, zatem wykonawca ten nie spełnia warunków doświadczenia.

Co do wykonawcy OTBS firma Feroma wskazała, że przedstawione w wyniku uzupełnienia dokumentów referencje potwierdzają jedynie, że wykonawca ten zarządza tylko i wyłącznie swoimi zasobami, gdy przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na zasadzie bezpośredniej płatności. Poza tym przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty, tj. zatwierdzone sprawozdanie zarządu oraz udzielenie władzom spółki absolutorium są dokumentami wewnętrznymi spółki ponieważ rada nadzorcza jest organem spółki, zatem oferent ten wystawił sobie referencje sam, co nie jest zgodne z SIWZ. Firma Feroma zakwestionowała również referencje podpisane przez Pana J. Kwiatkowskiego – Prezydenta Opola, który nie jest właścicielem i zleceniodawcą usługi na zarządzanie. Podniósł również, że OTBS zarządza nieruchomościami własnymi i nie jest w stanie przedstawić referencji na zarządzanie lokalami mieszkalnymi lub użytkowymi na zlecenie.

Co do wykonawcy ZGM podniósł, że przedłożone przez tego wykonawcę referencje wystawione przez MZBM w Kaliszu dotyczą usługi administrowania, a nie zarządzania, wskazując, iż administrowanie jest wyłącznie prowadzeniem bieżących czynności

związanych z obsługą nieruchomości i nie spełnia wymagań oczekiwanych od usługi zarządzania nieruchomościami. Kolejne przedłożone przez tego wykonawcę referencje, wystawione przez Urząd Miejski w Tarnowskich Górach nie odnoszą się do wymaganego trzyletniego doświadczenia, odnoszą się do okresu po 01.07.2007 zaś wystawione przez Wojskowe Towarzystwo Budownictwa Społecznego Kwaterna dotyczą okresu od marca 2008 r. Ponadto Feroma wskazuje, że z dokumentu wystawionego przez WTBS wynika, że zlecenie dotyczyło usługi administrowania.

Ponadto Feroma wskazała, że ZGM złożył ofertę z rażąco niską ceną, co jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podniesione zostało, że Zamawiający określił wartość dla zamówienia na kwotę 4 710 000,00 zł dla rejonu III. Firma Feroma zaoferowała kwotę 4 073 959, 00 zł OTBS – 3 863 136,00 zł, Odnowa – 3 771 639,00 zł, zaś ZGM – 3 050 495,00 zł, co jest kwotą o 36% niższa od kwoty, którą wycenił Zamawiający. Wskazał tutaj w szczególności na ceny jednostkowe wskazane w tej ofercie za zarządzanie lokalami mieszkalnymi, która to pozycja – w jego ocenie – jest kluczowa dla całej ceny ofertowej. Tutaj ZGM podała cenę 0,20 zł/m<sup>3</sup>, OTBS – 0,62 zł/m<sup>3</sup>, Odnowa 0,54 zł/m<sup>3</sup>, a Feroma – 0,99 zł/m<sup>3</sup>. Podobną argumentację i rozbieżności Feroma podniosła w odniesieniu do stawki za lokale mieszkalne i użytkowe w budynkach w 100% komunalnych, wskazując na popełnienie w tym zakresie przez ZGM czynu nieuczciwej konkurencji.

O toczącym się postępowaniu protestacyjnym zamawiający poinformował pozostałych wykonawców piśmie z dnia 16 października 2008 r., doręczonym w dniu 17 października 2008 r. Na skutek tego wezwania swoje przystąpienia, odpierając podniesione zarzut w dniu 20 października 2008 r. złożyły firmy: Odnowa, OTBS i ZGM.

Do podniesionych zarzutów w piśmie z dnia 27 października 2008 r. odniósł się Zamawiający rozstrzygając protest poprzez jego oddalenie w całości (rozstrzygnięcie protestu doręczone Odwołującemu w tej samej dacie).

Odnosząc się w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu do argumentacji firmy Feroma Zamawiający wskazał przede wszystkim, że żądał złożenia wymaganego przepisami ustawy oświadczenia i takowe zostało złożone przez wykonawców. Co do potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia Zamawiający żądał takiego oświadczenia na wykazie wykonawcy usług i takie oświadczenia również zostały złożone.

Odnosząc się do zarzutów związanych z wykluczeniem Odnowa, OTBS i ZGM podniósł, że wykonawcy spełniają wymóg doświadczenia.



Co do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty ZGM z powodu rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co oparł na porównaniu cen ofertowych w rejonie III do szacunku Zamawiającego, co nie wskazuje na rażąco niską cenę. Wskazał, że żadna oferta nie jest nawet o 50% niższa w stosunku do szacunku Zamawiającego.

Odwołujący Feroma, nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu przez Zamawiającego, wniósł od niego odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie to zawarte w piśmie z dnia 29 października 2008 r., zostało złożone w dacie 31 października 2008 r. w urzędzie pocztowym operatora publicznego do Prezesa UZP. Kopia odwołania została przekazana w tej samej dacie Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący Feroma podtrzymał swoje zarzuty, żądania i argumentację z treści protestu.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyli:

- 1) Odnova – w piśmie z dnia 14 listopada 2008 r. (wpływ do Prezesa UZP w dniu 17 listopada 2008 r.
- 2) ZGM – w piśmie z dnia 17 listopada 2008 r. (wpływ do Prezesa UZP drogą faksową w tej samej dacie)
- 3) OTBS – w piśmie z dnia 4 listopada (wpływ do Prezesa UZP 7 listopada 2008 r. drogą faksową oraz 12 listopada 2008 r. drogą pocztową).

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść ofert Odwołujących się oraz uczestników postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę ich oświadczenia i stanowiska, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestów w niniejszej sprawie w dniu 15 października 2008 r., tj. w dacie sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie przepisów nowelizacyjnych (tj. sprzed daty 24 października 2008 r.).

Odnosząc się w pierwszej kolejności do odwołania firmy Turhand -Ret (sygn. akt: KIO/UZP 1269/08) skład orzekający Izby uznał, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Co do pierwszego z podnoszonych w odwołaniu zarzutów skład orzekający uznał, że znalazł on potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

Odwołujący kwestionował zasadność wykluczenia siebie z udziału w postępowaniu w zakresie części zamówienia, na które składał oferty, tj. w zakresie rejonu I i II. Zamawiający dokonał wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. stwierdzając, że wykonawca ten załączył do oferty referencje nie potwierdzające, że wykazane w wykazie wykonanych usług usługi zostały wykonane należycie. Zamawiający stwierdził również, że załączone pisma – wystąpienia do Zamawiającego o wystawienie referencji nie spełniają tego wymogu oraz na okoliczność, że Odwołujący, wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, nie uzupełnił we wskazanym tam terminie referencji.

Z postanowień SIWZ – pkt 4.2 – wynika, że w zakresie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał, aby wykonawcy załączyli do oferty wykaz potwierdzający wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia oraz dokumenty (referencje) potwierdzające należyte wykonanie tych usług. Zamawiający wyjaśnił, że uzna warunek za spełniony, jeśli wykonawca wykaże się zarządzaniem lokalami mieszkalnymi lub lokalami mieszkalnymi i użytkowymi o łącznej powierzchni co najmniej 15 000 m<sup>2</sup> u jednego lub kilku odbiorców.

Z treści oferty Odwołującego Turhand – Ret wynika, że firma ta wykazała w wykazie wykonanych usług usługi zarządzania nieruchomościami na rzecz aktualnego Zamawiającego (Gmina Opole) o zakresie powierzchni przekraczającym minimalne wymogi określone w warunku udziału przez Zamawiającego (str. 29 i 31 oferty Turhand – Ret). Na potwierdzenie należytego wykonania tych usług firma załączyła do oferty dokument: „Referencje” (str. 33 oferty), wystawiony w dniu 7 września 2006 r., z którego wynika, że firma ta: *„Zgodnie z zawartymi umowami w dniach 6 lutego 2003 r. oraz 31 marca 2003 r. zarządza budynkami, budowlami i terenami przyległymi położonymi w rejonie I i II miasta Opole, stanowiącymi własność gminy Opole. Umowy o zarządzanie zasobami gminnymi zawarte zostały na czas określony tj. 5 lat.”* W treści tego dokumentu określono również powierzchnię, którą zarządza wskazana firma. Na kolejnych stronach oferty (str. 35 i 37) znajdują się dwa pisma firmy Turhand – Ret – wystąpienia do Prezydenta Miasta Opole (pismo z dnia 19 sierpnia i 3 września 2008 r.) o wydanie tej firmie referencji dotyczących administrowania przez firmę nieruchomościami Gminy Opole.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do wskazanego zarzutu uznał, że Zamawiający bezzasadnie wykluczył firmę Turhand – Ret z udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Izby załączony do oferty tej firmy dokument zatytułowany „Referencje” potwierdza, że wykazywane tam usługi realizowane w okresie od 6 lutego i 31 marca 2003 r. przez okres 5 lat są wykonywane zgodnie z zawartymi umowami. W ocenie składu orzekającego Izby nie można wywodzić z przedłożonego dokumentu, że usługi firma wykonuje w sposób niezgodny z zawartymi umowami, tj. w sposób nienależyty, pomimo literalnego braku stwierdzenia wprost o należyтым wykonywaniu usług w samej treści dokumentu. Skład orzekający Izby nie przychylił się do argumentu Zamawiającego, że przedłożone referencje są jedynie zaświadczeniem, które ma jedynie stwierdzać, że usługi takowe są w ogóle wykonywane. Treść dokumentu, jak i jego tytuł nie wskazują na okoliczność, że Gmina Opole miała jakiegokolwiek zastrzeżenia, co do należytego wykonywania wskazanych tam usług przez firmę Turhand – Ret. Zamawiający w trakcie rozprawy nie uprawdopodobnił również w żaden sposób, że usługi realizowane na rzecz Gminy Opole przez firmę Turhand – Ret wykonywane są nienależycie. Wręcz przeciwnie sam Zamawiający potwierdził, że wypłacał dotychczas i czyni to obecnie, na podstawie zawartych umów, wynagrodzenie z tytułu świadczonych usług temu wykonawcy. Zamawiający nie stwierdził, że w tej sprawie wystąpił na drogę sądową przeciwko firmie Turhand – Ret z powodu nienależytego wykonania umowy, czy też, aby podjął jakiegokolwiek kroki w kierunku odstąpienia od realizacji zawartych z tą firmą umów. Powyższe nie potwierdza w żaden sposób, że wykonawca ten wykonywał wykazywane w wykazie oraz przedłożonych referencjach usługi w sposób nienależyty. Bezpodstawnym zatem było w tym zakresie żądanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o uzupełnienie dokumentu, który faktycznie został przedłożony w ofercie wykonawcy. Brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego ze strony firmy Turhand – Ret nie może wywoływać skutku wykluczenia wykonawcy, w sytuacji gdy wezwanie skierowane było w sposób bezpodstawny, ponieważ wykonawca załączył do oferty wymagany dokument.

Jednocześnie zauważyć należy, że podstawą podjętego powyżej ustalenia Izby były złączone do oferty firmy Turhand – Ret już wystawione referencje z dnia 7 września 2006 r. Skład orzekający Izby nie oceniał natomiast zachowania Zamawiającego, który odmawia aktualnie firmie Turhand – Ret wystawienia referencji z tytułu świadczonych przez tę firmę usług, ponieważ nie jest organem do tego uprawnionym. Firmie tej we wskazanym zakresie przysługują inne środki zaskarżenia związane z kontrolą działań, jak i bezczynności organów administracji państwowej.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego Przystępującego do postępowania odwoławczego OTBS z powodu nie spełnienia warunku doświadczenia skład orzekający Izby uznał ten zarzut za niezasadny.

Odwołujący Turhand – Ret podnosił, że wykazywane w ramach doświadczenia przez OTBS usługi są świadczone bezumownie na rzecz samego OTBS, który wykazuje, że zarządza własnymi zasobami mieszkalnymi. Dodatkowo podnoszona była okoliczność, że referencje przedłożone na tę okoliczność zostały podpisane przez osobę nieupoważnioną, tj. Pana Janusza Kwiatkowskiego, który pełni funkcje zarówno Zastępcy Prezydenta Miasta Opole, jak również jest członkiem władz OTBS.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do przywołanego zarzutu i podniesionej przez Odwołującego argumentacji, stwierdził, że w ofercie OTBS na str. 19 znajduje się wykaz wykonanych usług zarządzania własnymi zasobami w latach 2005 – 2007 o powierzchni przekraczającej minimalne wymogi określone przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie należytego wykonania tych usług OTBS na kolejnych stronach oferty (str. 20 – 28) załączył uchwały Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników OTBS:

- 1) w sprawie zatwierdzenia sprawozdania Zarządu z działalności Spółki
- 2) w sprawie zatwierdzenia sprawozdania finansowego
- 3) w sprawie udzielenia Zarządowi absolutorium z wykonania obowiązków,

dotyczące odpowiednio lat 2005, 2006 i 2007 i podpisane przez Przewodniczącego Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników OTBS – Pana Janusza Kwiatkowskiego.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w piśmie z dnia 30 września 2008 r. wezwał OTBS do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedłożenia referencji, potwierdzających należyte wykonanie tych zamówień, uznając jednocześnie, że przedłożone uchwały nie są właściwym dokumentem na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. OTBS uzupełnił ten brak przedkładając Zamawiającemu dwa dokumenty referencji podpisane – jeden przez Przewodniczącego Rady Nadzorczej OTBS oraz jego sekretarza, a drugi przez Janusza Kwiatkowskiego – Z-cę Prezydenta Miasta.

Zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (Dz. U. t. j. z 2000 r. Nr 98, poz. 1070 ze zm.) Towarzystwo Budownictwa Społecznego oprócz podstawowej działalności (tj. budowanie domów mieszkalnych i ich eksploatacja na zasadach najmu) może również:

- 1) nabywać budynki mieszkalne,
- 2) przeprowadzać remonty i modernizację obiektów przeznaczonych na zaspokajanie potrzeb mieszkaniowych na zasadach najmu,
- 3) wynajmować lokale użytkowe znajdujące się w budynkach towarzystwa,

- 4) sprawować na podstawie umów zlecenia zarząd budynkami mieszkalnymi i niemieszkalnymi niestanowiącymi jego własności, z tym że powierzchnia zarządzanych budynków niemieszkalnych nie może być większa niż powierzchnia zarządzanych budynków mieszkalnych,
- 5) prowadzić inną działalność związaną z budownictwem mieszkaniowym i infrastrukturą towarzyszącą.

W dyspozycji przywołanego przepisu mieści się również zarządzanie własnymi zasobami mieszkalnymi TBS. Kwestie te szczegółowo powinien regulować statut OTBS. Jeśli zatem w zakres działalności OTBS wchodzi również przywołane usługi, przedłożone wraz z ofertą dokumenty uchwał, stwierdzające przez uprawniony do tego organ - tj. Zgromadzenie Wspólników - należyte wykonywanie obowiązków w zakresie merytorycznym, jak i finansowym OTBS, są dokumentami wystarczającymi dla potwierdzenia, że usługi te były wykonywane w sposób należyty. Bez znaczenia w tym przypadku jest okoliczność, że pod przywołanymi dokumentami podpisała się osoba, która pełni jednocześnie funkcję Zastępcy Prezydenta Miasta Opola. Odwołujący nie wykazuje, że w aktualnie prowadzonym postępowaniu osoba Pana Janusza Kwiatkowskiego wykonuje jakieś czynności, co w świetle przywołanych okoliczności oraz art. 17 ust. 1 ustawy stanowiłoby ewentualną podstawę do wyłączenia tej osoby od udziału w podejmowanych w postępowaniu po stronie Zamawiającego czynnościach. Odwołujący wskazuje, że osoba ta nie miała uprawnień do podpisywania przywołanych uchwał. W ocenie składu orzekającego Izby argumentacja ta w żaden sposób nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego przedłożony w wyniku uzupełnienia dokument referencji podpisany przez Z-ce Prezydenta Miasta Opola jest również prawidłowy, bowiem Gmina Opole jako jedyny wspólnik OTBS wykonuje wszystkie uprawnienia przysługujące Zgromadzeniu Wspólników OTBS. Wskazać również należy, że Zamawiający, oceniając przedłożone przez wykonawców dokumenty na okoliczność należytego wykonania zamówienia nie ma obowiązku badania ich pod kątem umocowania osób podpisujących te dokumenty. Na marginesie zauważyć należy, że w postępowaniu odwoławczym nie zostało przez Odwołującego nawet uprawdopodobnione, że Pan Janusz Kwiatkowski nie pełnił funkcji Przewodniczącego Zgromadzenia Wspólników, zatem argumenty Odwołującego są chybione w tym zakresie.

Co do argumentu Odwołującego, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykluczał możliwość wykazywania zarządzania własnym zasobem mieszkalnym poprzez zastosowanie przez Zamawiającego określeń: „*u jednego lub kilku odbiorców*”. W ocenie składu orzekającego Izby wskazane określenie nie wyklucza możliwości wykazywania się przez wykonawców zarządzaniem własnym zasobem mieszkalnym. W postawionym warunku chodziło o odbiorcę lub

odbiorców, za których należy również uznać mieszkańców zasobu mieszkalnego pozostającego w dyspozycji OTBS. Zamawiający w postawionym warunku nie określił wymogu, aby wskazane usługi świadczone były wyłącznie na podstawie stosunku umownego. Nie wykluczył zatem sytuacji, w której usługi świadczone są na podstawie przepisów rangi ustawowej oraz statutu takiego Towarzystwa.

Uwzględniając przedstawioną argumentację zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu OTBS nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego Odnova skład orzekający ustalił, że firma Odnova do swojej oferty (str. 27-28) dołączyła wykaz wykonanych i wykonywanych nadal usług. Wszystkie z wykazywanych tam 25 pozycji dotyczą zarządzania nieruchomościami na rzecz wspólnoty mieszkaniowej. Na kolejnych stronach oferty (od 29 do 190) firma ta dołączyła dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przywołanych usług, tj. zawarte umowy, potwierdzone do wypłaty faktury oraz referencje. W odniesieniu do kilku brakujących referencji Zamawiający pismem z dnia 30 września 2008 r. wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Uzupełnienie zostało dokonane w piśmie z dnia 2 października 2008 r. Odwołujący Turhand – Ret zarzuca firmie Odnova, że poprzez wykazanie się zarządzaniem wyłącznie częściami wspólnymi nieruchomości nie wypełniła warunku doświadczenia o konieczności wykazania się zarządzaniem lokalami mieszkalnymi lub lokalami mieszkalnymi i użytkowymi o określonej powierzchni. Zamawiający w trakcie rozprawy argumentował, że postawiony przez niego warunek należy rozumieć również jako zarządzanie częściami wspólnymi nieruchomości, dlatego też uznał, że firma Odnova wypełniła ten warunek.

Skład orzekający Izby nie przychylił się do tego stanowiska Zamawiającego. Z zapisów przywołanego warunku udziału w postępowaniu wynika wprost, że Zamawiający zawęził doświadczenie wykonawców wyłącznie do wykazania się zarządzaniem lokalami mieszkalnymi lub lokalami mieszkalnymi i użytkowymi. Zarządzanie częściami wspólnymi, takimi, jak np. zapewnienie usług kominiarskich i innych usług związanych z funkcjonowaniem urządzeń technicznych nieruchomości wspólnej (anteny zbiorcze, domofon) nie wchodzi wprost - w ocenie Izby - do zakresu czynności zarządzania lokalami mieszkalnymi lub lokalami mieszkalnymi i użytkowymi.

Z przedstawionych przez firmę Odnova dokumentów nie wynika jednak wprost, aby firma ta w ramach zawartych umów nie mogła świadczyć również usług w zakresie zarządzania lokalami mieszkalnymi lub lokalami mieszkalnymi i użytkowymi i ewentualnie, jaka byłaby to powierzchnia. Niewykluczone bowiem, że w zakres zarządzania nieruchomością wspólną wchodzi również jakieś lokale mieszkalne, albo też lokale

mieszkalne i użytkowe. Uwzględniając tę okoliczność skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający powinien w tym zakresie przynajmniej uzyskać stosowane wyjaśnienia od wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. W trybie tych wyjaśnień winien on ustalić po pierwsze okoliczność, czy w wykazywany zakres zarządzania nieruchomościami wspólnymi wchodzi również zarządzanie lokalami mieszkalnymi lub mieszkalnymi i użytkowymi i po drugie, czy ewentualna powierzchnia zarządzanych lokali wypełnia minimalny zakres powierzchni tych lokali (15 000 m<sup>2</sup>), określony w warunku udziału. W tym zakresie Zamawiający winien w ramach dokonywanej ponownej czynności badania i oceny ofert dokonać powyższych ustaleń.

Co do argumentu Odwołującego, że w zakresie wykazywanych przez firmę Odnova zarządzanych nieruchomości wchodzi nieruchomości (51 lokali komunalnych) w rejonie I i II, które pozostają w zarządzenie firmy Turhand – Ret, Odwołujący nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji, ani dowodów na tę okoliczność, nie wykazując, które konkretnie nieruchomości należałoby wyłączyć z zakresu wykazywanego przez firmę Odnova doświadczenia. Uwzględniając tę okoliczność skład orzekający Izby uznał ten argument za zbyt ogólny i nie udowodniony - a to na podmiocie, który wywodzi z określonego faktu określone skutki prawne spoczywa ciężar dowodowy - aby mógł stanowić podstawę do odniesienia się do niego przez skład orzekający Izby.

Uwzględniając przedstawioną argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby uznał zasadność podnoszonych zarzutów wobec firmy Odnova, ograniczając jednak konieczność powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert do wezwania firmy Odnova do złożenia wyjaśnień we wskazanym zakresie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Skład orzekający Izby zauważa, że w zakresie rejonu II Odwołujący Turhand – Ret nie ma interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów, bowiem jego oferta pod względem cenowym klasyfikuje się w tej części zamówienia na czwartej pozycji (cena zaś stanowiła jedyne kryterium oceny ofert), a Odwołujący kwestionował tylko dwie oferty sklasyfikowane przed jego ofertą (Odnova i OTBS), nie kwestionując oferty ZGM. Mając jednak na względzie okoliczność, iż podnoszone zarzuty dotyczą spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wszystkich części zamówienia oraz dokonując ustalenia, że w zakresie rejonu nr I Odwołując ten miał interes prawny w podnoszeniu zarzutów skład orzekający Izby uznał o zasadności dokonania przez Zamawiającego czynności ponownego badania i oceny ofert również w zakresie rejonu II. Dokonane przez Zamawiającego czynności w zakresie rejonu I będą bowiem miały również odniesienie do rejonu nr II.

Co do zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu, poprzez żądanie przez Zamawiającego od firmy Turhand – Ret kartotek zasobów dla rejonu I i II z obsługiwanego przez tę firmę systemu informatycznego, co wedle Odwołującego ma służyć wykonaniu części zakresu umowy, która zostanie zawarta przez Zamawiającego z wybranym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcą, skład orzekający Izby ustalił, że powyższy zarzut nie ma związku z toczącym się postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższa kwestia związana jest z realizacją zawartej przez firmę Turhand – Ret z Gminą Opole umową oraz ewentualnym przyszłym wykonawstwem umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania. Spory pomiędzy stronami umowy w zakresie sposobu realizacji warunków wynikających z tych umów, choćby nawet zachowanie Gminy Opole stanowiło w tym zakresie czyn nieuczciwej konkurencji oraz kontrola prawidłowości wykonania umów zawartych w sprawie zamówienia publicznego, nie należą do ustawowych kompetencji Krajowej Izby Odwoławczej.

Uwzględniając tę okoliczność skład orzekający Izby nie mógł zająć się rozstrzygnięciem przedmiotowego zarzutu.

Odnosząc się w drugiej kolejności do odwołania firmy Feroma (sygn. akt: KIO/UZP 1271/08) skład orzekający Izby uznał, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Odnosząc się na wstępie do złożonego przez firmę Feroma odwołania skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie określił wprost w treści protestu, jak i odwołania, jakiego zakresu zamówienia składne środki ochrony prawnej dotyczą (jakiego, czy też jakich, rejonów). Uwzględniając jednak okoliczność, że firma Feroma złożyła ofertę wyłącznie w zakresie rejonu III skład orzekający Izby uznał, że wyłącznie w tym zakresie firma ta ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy w podnoszeniu zarzutów. W pozostałych rejonach (I i II), firma ta, nie składając swojej oferty, nie ma szans na uzyskanie tych zamówień. Tak więc w tym zakresie (rejon I i II) skład orzekający Izby nie odnosił się do podniesionych przez tego Odwołującego zarzutów i żądań.

Podstawą podnoszonych w odwołaniu firmy Feroma zarzutów jest brak złożenia przez wykonawców Odnova, OTBS i ZGM oświadczeń wymaganych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 44 ustawy.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do tego zarzutu uznał, że nie zasługuje on na uwzględnienie.



Zamawiający w postanowieniach SIWZ – pkt 4.1 wskazał: „*W celu potwierdzenia prawa Wykonawcy do ubiegania się o zamówienie publiczne określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 Prawa, Zamawiający na podstawie art. 44 Prawa żąda złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w myśl art. 24 Prawa. (...) Oświadczenie należy złożyć zgodnie z załączonym do specyfikacji wzorem (...)*”. Załączony na str. 14-15 wzór przywoływanego oświadczenia zawiera w swojej treści odesłanie wprost do przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 pkt 1-10 ustawy. Powyższe jest równoznaczne co do treści ze złożeniem oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których stanowi art. 22 ust. 1 ustawy, a tym samym wyczerpuje również zakres treści oświadczenia z art. 44 ustawy, niezbędnego w postępowaniu prowadzonym trybie przetargu nieograniczonego.

Skład orzekający Izby stwierdził, a okoliczności tej na rozprawie nie zaprzeczył Odwołujący, że w kwestionowanych ofertach firm oświadczenie na wskazanym powyżej wzorze zostało załączone do ich ofert. Tym samym dyspozycja art. 44 ustawy została również przez tych wykonawców wypełniona. W ocenie składu orzekającego Izby brak było podstaw do składania w tym zakresie dodatkowego oświadczenia, jak uczynił to Odwołujący Feroma, które polegałoby na przepisaniu treści art. 22 ust. 1 ustawy, bowiem przesłanki skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców wynikające z art. 22 ust. 1 ustawy są bezpośrednio związane z podstawami do wykluczenia wykonawcy określonymi w art. 24 ust. 1 pkt 1 – 10 ustawy, do których odnosiło się przywoływane oświadczenie składane na wzorze opracowanym przez Zamawiającego w SIWZ na str. 14-15.

Co do zarzutów związanych z niespełnieniem warunku doświadczenia przez wykonawcę Odnova skład orzekający Izby podtrzymuje całą argumentację przedstawioną powyżej w rozstrzygnięciu zarzutów dotyczących odwołania firmy Turhand – Ret, co do oferty Przystępującego Odnova. Skład orzekający Izby uwzględniając przedstawioną tam argumentację stwierdza, że Zamawiający w ramach czynności ponownego badania i oceny ofert powinien wyjaśnić wskazane wątpliwości, co do zarządzania nieruchomością wspólną w trybie art. 26 ust. 4 ustawy.

Co do zarzutów związanych z niespełnieniem warunku doświadczenia przez wykonawcę OTBS skład orzekający Izby podtrzymuje całą argumentację przedstawioną powyżej w rozstrzygnięciu zarzutów dotyczących odwołania firmy Turhand – Ret, co do oferty Przystępującego OTBS. Skład orzekający Izby uwzględniając przedstawioną tam

argumentację stwierdza, że Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania we wskazanym zakresie doświadczenia tego wykonawcy i oddala ten zarzut.

Co do zarzutów związanych z niespełnieniem warunku doświadczenia przez wykonawcę ZGM skład orzekający Izby ustalił, że w ofercie tej firmy wykazano trzy usługi, których każda przekracza określony w warunku udziału w postępowaniu zakres powierzchni. Kwestionowanie zamówień wykonywanych na rzecz Urzędu Miejskiego w Tarnowskich Górach oraz zamówienia realizowanego na rzecz Wojskowego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Kwaterna z powodu wykonywania tych usług w okresach odpowiednio od 1 lipca 2007 r. i nadal oraz od 1 marca 2008 r. i nadal, a więc braku trzyletniego doświadczenia nie znajduje potwierdzenia.

Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu wskazał okres 3 – letni od daty wszczęcia postępowania – jak też stanowią przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) – jako czas, w którym wymagane usługi mają być świadczone. Powyższe nie oznacza, że wykonawcy mają obowiązek wykazywania doświadczenia w całym tym okresie (w każdym z trzech lat). Takiego warunku Zamawiający nie postawił. Wystarczającym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest jeśli wykonawca wykazałby się świadczeniem (wykonaniem lub wykonywaniem) usługi określonej w warunku o określonym zakresie wykonywanej w dowolnym czasie, byleby tylko mieściła się ona w okresie 3 lat od daty wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak więc w ocenie Izby wykonawca ZGM spełnił warunek doświadczenia, określony przez Zamawiającego w SIWZ, wykazując przywołane powyżej dwie usługi. Niezależnie od powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby, zamówienie wykonywane na rzecz MZBM w Kaliszu polegające – jak wskazano w wykazie – na administrowaniu budynkami mieszkalnymi i użytkowymi wypełnia dyspozycję warunku określonego przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. t.j. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 ze zm.), w zakres pojęcia „zarządzanie nieruchomością” wchodzi również bieżące administrowanie nieruchomością, o którym mowa w wystawionych na rzecz ZGM referencjach. Warto podkreślić, że przywołany przepis poprzez określenie „w szczególności” wymienia przykładowy katalog czynności wchodzących w zakres usługi zarządzania nieruchomością. Skoro z tego przykładowego katalogu czynności, zleceniobiorca usługi wymienia przynajmniej jedną usługę administrowania, nie można twierdzić, że ZGM nie wypełniło warunku doświadczenia, polegającego na zarządzaniu określonymi lokalami. Nie jest również wykluczone, że

wystawca referencji posłużył się w tym zakresie terminologią potoczną, utożsamiając pojęcie administrowania z pojęciem zarządzania. Powyższe dywagacje mają jednak charakter poboczny, wobec stwierdzenia przez skład orzekający Izby, że wykonawca ZGM spełnia wymóg doświadczenia w zakres pozostałych wykazanych usług.

Co do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego ZGM, skład orzekający Izby nie stwierdził, aby zarzut ten znalazł potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Stwierdzić należy, że Odwołujący Feroma nie wykazał – zgodnie ze spoczywającym na nim, stosownie do treści art. 6 Kc - ciężarze dowodowym – aby kwestionowana oferta zawierała rażąco niską cenę lub choćby jej prawdopodobieństwo pozwalające Zamawiającemu na wszczęcie procedury wyjaśniającej, wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy. Argumentacja Odwołującego opiera się na twierdzeniu, że cena ofertowa ZGM jest o 36% niższa od kwoty, na którą wycenił przedmiot zamówienia Zamawiający.

Skład orzekający Izby, odnosząc się tego zarzutu przychylił się do argumentacji Zamawiającego, który wskazał, że dokonując analizy złożonych ofert pod kątem ceny rażąco niskiej oparł się na porównaniu dokonanego przez siebie szacunku jego możliwości finansowych - 4 710 000,00 zł (kwota, którą Zamawiający dla rejonu III podał na otwarciu ofert) oraz wartości wszystkich ofert złożonych w postępowaniu (OTBS – 3 863 136,00 zł, Odnowa – 3 771 639,00 zł, ZGM – 3 050 495,00 zł, zaś firma Feroma - 4 073 959, 00 zł). Dokonując tego porównania Zamawiający nie stwierdził, aby cena ZGM – faktycznie najniższa w tym postępowaniu - w sposób rażący odbiegała od cen pozostałych wykonawców, czy też od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie tego zamówienia. Należy podkreślić, że kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest wyłącznie jego szacunkiem i maksymalną – najczęściej przewidzianą w budżecie kwotą, którą ma on zamiar przeznaczyć na to zamówienie, biorąc pod uwagę różne, oceniane przez Zamawiającego warunki. Biorąc powyższe pod uwagę zaoferowana cena ofertowa przez ZGM - w ocenie składu orzekającego w sposób rażący nie odbiega od cen pozostałych wykonawców, biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia i jego rozmiar, jak również od ceny szacowanej przez Zamawiającego w sposób maksymalny i przeznaczanej na realizację zamówienia.

Podkreślić wyraźnie należy – jak wskazuje dotychczasowe orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych, tak krajowe (ZA, KIO, SO), jak i europejskie (ETS) – że w zakresie określenia ceny rażąco niskiej nie można sztywno wyznaczyć procentowej granicy, odnoszącej się, np. do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego, wskazującej, że przekroczenie tej granicy, poniżej określonego minimum, wskazuje jednoznacznie, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Stąd też twierdzenie

Odwołującego, że cena ZGM o 36% niższa od szacunku Zamawiającego jest ceną rażąco niską, nie może się ostać.

Skład orzekający Izby zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego opartym na dotychczasowym orzecznictwie, że dla oceny ceny ofertowej pod kątem ceny rażąco niskiej nie mają znaczenia poszczególne ceny jednostkowe, przy jednoczesnym braku wykazania, że ostateczna cena ofertowa jest rażąco niska.

Tym samym w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut ceny rażąco niskiej w ofercie ZGM, stąd też brak jest podstaw do skierowania w tym zakresie przez Zamawiającego do tego wykonawcy żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też skład orzekający Izby uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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), uznał za uzasadnione - na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków - koszty Odwołujących poniesione z tytułu wynagrodzeń pełnomocników obu odwołujących się oraz innych kosztów (Turhand – Ret – koszty dojazdu i noclegu, ograniczając wykazywane na fakturze koszty o kwotę związaną z korzystaniem z usługi minibar, Feroma – koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

.....