

WYROK

z dnia 23 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 czerwca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **12 czerwca 2015 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Piesza 6, 25-556 Kielce**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Wojskową Agencję Mieszkaniową w Warszawie, ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia wyroku.
 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Wojskową Agencję Mieszkaniową w Warszawie, ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Piesza 6, 25-556 Kielce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Wojskowej Agencji Mieszkaniowej w Warszawie, ul. Chałubińskiego 3a, 02-004 Warszawa**, na rzecz odwołującego **Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Piesza 6, 25-556 Kielce** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Sygn. akt: KIO 1240/15

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE TED 2015/S 105-191188 z dnia 3 czerwca 2015 roku na „Zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej”, dnia 12 czerwca 2015 zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 3 czerwca 2015 r.

Na wstępie odwołujący wskazywał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż niezgodne z przepisami ustawy Pzp działanie zamawiającego ujawnione w kwestionowanych zapisach SIWZ uniemożliwia wykonawcy złożenie zgodnej z wymaganiami ustawy Pzp

oferty. Odwołujący może zatem ponieść szkodę poprzez nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji brak możliwości osiągnięcia korzyści z jego realizacji. W przypadku wyeliminowania skarżonych naruszeń prawa odwołujący będzie mógł złożyć konkurencyjną ofertę i uzyskać zamówienie.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 15 czerwca 2015 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Wojskowej Agencji Mieszkaniowej w Warszawie naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej ustawa Pzp, tj.:

1. Art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 oraz w zw. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie postanowienia w części V ust. 1 pkt 2 SIWZ w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający udział w postępowaniu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia - poprzez określenie minimalnej wartości każdego z co najmniej dwóch kontraktów w wysokości 2.000.000 zł, w sytuacji gdy podmiot zarządzający nieruchomościami o metrażu nie mniejszym niż 1.000.000

m2 na podstawie kilku różnych umów o mniejszej wartości niż wskazany przez zamawiającego również jest w stanie wykonać w sposób należyty umowę; takie sformułowanie postanowienia w ocenie odwołującego świadczy o preferowaniu podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego.

2. Art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie postanowienia w części V ust. 1 pkt 3 SIWZ w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję - poprzez wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, które nie posiadają biur w wymienionych miejscowościach, ale które posiadają środki finansowe aby biura takie zostały dla potrzeb tego zamówienia utworzone, co wskazuje na preferowanie podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, który biura takie już posiada.

3. Art. 91 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert w części XIII ust. 1 pkt 2 SIWZ, który preferuje podmiot dotychczas wykonujący zamówienie i uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotów, które zdolne są do wykonania w sposób należyty zamówienia.

4. Art. 29 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie zawarte w **części XV** ust. 2 w zw. z § 19 ust. 2 i 6 Wzoru umowy poprzez zastrzeżenie na rzecz zamawiającego prawa akceptacji warunków zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczenia bez wskazania kryteriów jakimi będzie kierować się zamawiający wyrażając zgodę na zaproponowane warunki, co umożliwia zamawiającemu podjęcie arbitralnej decyzji, która skutkować może odmową zawarcia umowy.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie przetargu, ewentualnie nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez odwołującego w odwołaniu, tj. żądał: zmiany postanowień SIWZ i jej załączników, w następujący sposób:

- dostosowanie kryteriów udziału w postępowaniu do zasad uczciwej konkurencji, umożliwiając udział w postępowaniu podmiotów wykonujących usługi zarządzania dla większej liczby podmiotów, których łączna wielkość wynosi minimum 1.000.000 m²,
- dostosowania kryteriów udziału w postępowaniu do zasad uczciwej konkurencji, umożliwiając udział w postępowaniu podmiotów, które zdolne są do należytego wykonania zamówienia, przy czym nie mają jeszcze biur obsługi klienta, które jednak są w stanie zagwarantować na etapie wykonania zamówienia;
- dostosowanie kryteriów wyboru oferenta do zasad uczciwej konkurencji, umożliwiając udział w postępowaniu podmiotów, które zdolne są do należytego wykonania zamówienia,

przy czym nie mają jeszcze biur obsługi klienta, które jednak są w stanie zagwarantować na etapie wykonania zamówienia;

- wskazanie warunków jakie wymaga zamawiający w zakresie udzielenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie na jego rzecz od zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wykonali należycie co najmniej dwie odrębne usługi niezbędne do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie zarządzania nieruchomościami zabudowanymi i niezabudowanymi oraz budynkami mieszkalnymi, rozmieszczonymi co najmniej w dwóch lub więcej województwach na terenie Polski, o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.000.000 m², przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy, których wartość wynosiła minimum 2.000.000 zł brutto każda.

Powyższe sformułowanie według odwołującego ogranicza możliwość udziału w postępowaniu podmiotów, które realizują dużą liczbę umów, których wartość jest mniejsza niż żądana przez zamawiającego, a których łączna wartość przewyższa 1.000.000 m². Nie uzasadnia tego interes zamawiającego, gdyż podmiot, który posiada środki techniczne oraz osobowe do realizacji wielu kontraktów związanych z zarządzaniem nieruchomościami, których metraż przekracza 1.000.000 m² tym bardziej jest zdolny do realizacji zamówienia ogłoszonego przez WAM. W ocenie odwołującego - realizacja zamówienia stanowi *de facto* realizację kilku mniejszych zamówień, o czym świadczy zapis § 3 ust. 2 i 3 Wzoru umowy oraz § 13 ust. 2 i 4 umowy oraz § 24 ust. 2 umowy.

Odwołujący ocenił, iż wymóg aby oferent legitymował się realizacją co najmniej dwóch umów, których każda dotyczyła usług o wartości co najmniej 2.000.000 zł brutto w okresie 12 miesięcy, jest wymogiem nierealnym do spełnienia dla wykonawców innych niż podmiot obsługujący zasoby Wojskowej Agencji Mieszkaniowej. Odwołujący wyjaśniał, że średnie stawki dla usług zarządzania są bardzo niskie, przez co uzyskanie kontraktu, którego metraż umożliwiałby spełnienie warunku zamawiającego w zakresie wartości kontraktu jest prawie niemożliwe, a w ten sposób zamawiający utrudnia dostęp do zamówienia podmiotom, które są w stanie zrealizować zamówienie, jednak do tej pory usługi te świadczyły na rzecz większej ilości podmiotów. Odwołujący podnosił, że działanie takie jest również sprzeczne z zaleceniami Unii Europejskiej w zakresie ułatwiania dostępu do zamówień Małym i Średnim Przedsiębiorcom.

5

Kolejny zarzut odwołania dotyczył postanowienia w części V ust. 1 pkt 3 SIWZ gdzie zamawiający wskazał, iż uzna za spełniony warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w przypadku, gdy wykonawca wykaże, że będzie dysponował biurami obsługi klienta co najmniej w lokalizacjach: Bydgoszcz, Gdynia, Kraków, Lublin, Olsztyn, Poznań, Szczecin, Warszawa, Wrocław, Zielona Góra. Przy czym dla spełnienia tego warunku konieczne jest wskazanie konkretnej lokalizacji danego biura. Takie sformułowanie ogranicza konkurencję, gdyż preferuje wyłącznie wykonawcę, który dotychczas wykonywał usługi na rzecz zamawiającego, który ma stworzoną sieć punktów.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający nie dopuszcza możliwości zorganizowania biur obsługi klienta na późniejszym etapie postępowania, w sytuacji kiedy większość podmiotów mogących należycie wykonać zamówienie nie ma tak rozwiniętej siatki biur, natomiast ma możliwość zarówno osobowe jak i finansowe aby taką sieć stworzyć. Warunek udziału w postępowaniu jest skorelowany z kryteriami oceny ofert składanych w toku postępowania, gdyż ma na celu z jednej strony wyeliminowanie z udziału jak największej ilości potencjalnych wykonawców, a z drugiej uprzywilejować dotychczasowego wykonawcę, który w związku z realizacją zamówienia stworzył sieć punktów obsługi klienta również w innych miastach niewymienionych przez zamawiającego. Tak określone kryterium oceny oferty uznał odwołujący za sprzeczne również z art. 91 ust. 3 Pzp, gdyż dokonuje oceny właściwości technicznych wykonawcy.

Odwołujący wskazywał, że również zapis umowy zawarty w części XV ust. 2 w zw. z § 19 ust. 2 i 6 Wzoru umowy umożliwia zamawiającemu uchylenie się od zawarcia umowy z wybranym wykonawcą z uwagi na brak odpowiedniego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przy czym zarówno SIWZ jak i wzór umowy, stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ nie precyzuje szczegółowo warunków zabezpieczenia. Takie sformułowanie umożliwia

zamawiającemu uchylenie się od zawarcia umowy z uwagi na brak należytego zabezpieczenia wykonania umowy i zawarcie umowy z kolejnym na liście rankingowej wykonawcą. Takie postępowanie w ocenie odwołującego - negatywnie wpływa na przejrzystość procedury stosowanej przez zamawiającego.

Odwołujący podnosił, iż wszystkie wykazywane naruszenia przepisów ustawy Pzp prowadzą do braku przejrzystości procedury oraz uchybienia zasadom równego traktowania wykonawców, która powinna przejawiać się w jednakowym traktowaniu wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących. Analiza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do SIWZ przywiodła odwołującego do wniosków, iż zamawiający narusza zasady równego traktowania wykonawców. Przestrzeganie zasady wyrażonej w art. 7 Pzp polega na stosowaniu takiej miary aby wszyscy wykonawcy, którzy są zdolni do wykonania zamówienia, mieli możliwość

6

ubiegania się o jego uzyskanie. Warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny oferty powinny być sformułowane w takim sposób, aby nie eliminować z góry pewnego kręgu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.

W doktrynie i w orzecznictwie podnosi się, iż do uznania, że postanowienia SIWZ naruszają zasadę wyrażoną w art. 7 Pzp wystarczy aby istniała sama możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji, niekonieczne jest zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji (tak: J. Nowicki, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Warszawa 2014, s. 182). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 966/13 wskazała, że *„Wymagana w przepisie adekwatność warunków udziału w postępowaniu i przedmiotu zamówienia winna być oceniana szerzej - zarówno w kontekście postulowanego wyłonienia wykonawcy, którego doświadczenie jest adekwatne do wymagań, które dany przedmiot zamówienia przed nim postawił, jak również w odniesieniu do postulatu jak najszerzego otwierania zamówień na konkurencję”*.

Jednocześnie odwołujący podkreślił, iż w przypadku zamówienia w znacznej mierze standardowych usług, zamawiający powinien wziąć pod uwagę, jakie doświadczenie wykonawcy obecni na rynku w tym zakresie rzeczywiście nabywają. Nie zgodził się, iż doświadczenie podmiotu wykonującego usługę zarządzania 1.000.000 m2 na podstawie jednej umowy różni się w sposób znaczący od doświadczenia podmiotu, który wykonuje usługę zarządzania taką powierzchnią na podstawie kilku czy kilkunastu umów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 czerwca 2015 r. przedstawił poniższą argumentację.

„Odnosząc się do stawianych zarzutów, na wstępie zamawiający zauważa, że w art. 22 PZP ustawodawca określił jakiego rodzaju warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien spełnić wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu. Sama idea warunków udziału związana jest ze sprawdzeniem wiarygodności wykonawcy do ewentualnego wykonania zamówienia. W świetle przepisów art. 22 PZP wykonawca powinien wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy wymagają ich posiadania; doświadczenia i wiedzy w zakresie objętym postępowaniem; potencjału technicznego oraz kadrowego wreszcie sytuacją ekonomiczną i finansową, pozwalającą na wykonanie zadania. Warunki zawarte w art. 22 PZP są określane w judykaturze oraz doktrynie prawnej mianem pozytywnych, ponieważ z ich spełnieniem wiąże się możliwość udziału w postępowaniu. Jednocześnie z uwagi na ogólne określenie warunków w art. 22, zamawiający przygotowując postępowania konkretyzuje je w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

7

Zamawiający skonkretyzował warunki udziału w postępowaniu jednoznacznie, na określonym poziomie, tak aby wykonawcy zapoznając się z zapisami SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu mieli świadomość jakie warunki muszą spełnić, aby móc uczestniczyć w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający udział w postępowaniu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, poprzez określenie minimalnej wartości każdego z co najmniej dwóch

kontraktów w wysokości 2.000.000 zł. Zdaniem odwołującego podmiot zarządzający nieruchomościami o metrażu nie mniejszym niż 1.000.000 m² na podstawie kilku różnych umów o mniejszej wartości niż wskazany przez zamawiającego również jest w stanie wykonać w sposób należyty zamówienie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu także, preferowanie podmiotu dotychczas świadczącego usługi na jego rzecz. Nadto Odwołujący zarzucił zamawiającemu sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, a to poprzez wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, które nie posiadają biur w wymienionych miejscowościach, ale które posiadają środki finansowe aby biura takie zostały na poczet tego postępowania utworzone, co wskazuje na preferowanie podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, który biura takie już posiada.

Analizując przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz orzecznictwo należy stwierdzić, iż brak jest jednoznacznego opisu powiązań pomiędzy pojęciem warunku udziału w postępowaniu, a opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w postępowaniu. 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 (art. 7 ust. 1 PZP). Opis warunków powinien być dokonywany przez „pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnienia wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia” (opinia UZP, WWW.uzp.gov.pl). 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” (opinia UZP, www.uzp.gov.pl). Mając na uwadze powyższe, warunek określony w ogłoszeniu i SIWZ „Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres

8

działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał należycie minimum dwie odrębne usługi (na odrębne umowy) niezbędne do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie zarządzania nieruchomościami zabudowanymi i niezabudowanymi oraz budynkami mieszkalnymi, rozmieszczonymi co najmniej w dwóch lub więcej województwach na terenie Polski, o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 000 000 m², przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy, których wartość wynosiła minimum 2 000 000 zł. brutto każda wraz z załączeniem dowodów, potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, nie został sformułowany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i faworyzujący jakikolwiek podmiot. Zamawiający stawiając powyższy warunek chciał osiągnąć cel nadrzędny:

- 1) wybrać wykonawcę, który sprosta szerokiemu spektrum do obsługi w ramach usługi zarządzania;
- 2) Wykonawca dokona właściwej optymalizacji zakresu świadczonych usług;
- 3) Wykonawca będzie posiadał konieczne doświadczenie, wykwalifikowaną kadrę, jako przesłankę do należytej realizacji usługi obejmującej swym zakresem obszar całego kraju oraz szczególnego klienta jakim jest żołnierz.

Warunki udziału w postępowaniu mają na celu sprawdzenie czy określony wykonawca jest zdolny zrealizować określone zamówienie objęte zakresem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem sprawdzeniu podlega tym samym, czy określony wykonawca posiada stosowne uprawnienia, niezbędne do podjęcia działalności objętej zakresem postępowania, wiedzę i potencjał ludzki do jego wykonania, ponadto czy posiada niezbędny sprzęt, narzędzia lub może je pozyskać na rynku, wskazując że nimi dysponuje, a także spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, która gwarantuje wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze wskazanie, iż obecne brzmienie przepisu art. 22 PZP wprowadza wyraźny podział między warunkami udziału w postępowaniu, a sposobem oceny spełniania tych warunków, warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż przepis art. 22 ustawy miał odmienne brzmienie do momentu wejścia w życie tzw. „małej nowelizacji”, czyli 22 grudnia 2009 r. Przedmiotowa nowelizacja uchyliła ustęp drugi omawianego przepisu art. 22, ustawy 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 ustawy mówiący o tym, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwie wymagania dotyczące doświadczenia wykonawcy powinny być proporcjonalne do wielkości zamówienia tak, aby dokonanie opisu oceny spełniania

9

warunków umożliwiło zamawiającemu wyłonienie wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a jednocześnie ograniczyło możliwość powstania sytuacji, w której wybrany wykonawca nie będzie w stanie wykonać zamówienia z należytą starannością. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 października 2011 r. KIO/UZP 2144/10 "opisanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma zapewnić dokonanie wyboru wykonawcy dającego rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia". Analizując powyższy zapis, Zamawiający ustanowił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia na poziomie dającym rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia biorąc pod uwagę również czynności dodatkowe, przygotowawcze a także szczególnie ważny zakres zamówienia jakim jest zarządzanie nieruchomościami należącymi do szczególnego klienta jakim są Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej.

Także szczególnie odnosząc się do treści punktu 2 odwołania, który zarzuca Zamawiającemu sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, które nie posiadają biur w wymienionych miejscowościach, ale które posiadają środki finansowe aby biura takie zostały na poczet tego postępowania utworzone, co wskazuje na preferowanie podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz Zamawiającego, który biura takie już posiada, Zamawiający wyraźnie podkreśla, że zasób mieszkaniowy stanowiący przedmiot umowy o zarządzanie nieruchomościami Wojskowej Agencji Mieszkaniowej obejmuje około 22.500 lokali mieszkalnych, które położone są w 281 miejscowościach na terenie całego kraju. Lokale mieszkalne pozostają w dyspozycji właściwych miejscowo dyrektorów oddziałów regionalnych WAM (...). Wymienione w SIWZ miejscowości, w których, wykonawca zobowiązany będzie zapewnić dostęp biur obsługi klienta to największe miasta w danym regionie, w których siedziby posiada 10 oddziałów regionalnych Wojskowej Agencji Mieszkaniowej. Stanowią one niezbędną, minimalną liczbę jednostek obsługujących posiadany przez dany oddział zasób mieszkaniowy.

Należy podkreślić, iż rocznie Agencja zasiedla ponad 3.000 lokali oraz około 3.000 lokali mieszkalnych zostaje zwolnionych przez najemców. Do obowiązków wykonawcy należeć będzie także między innymi; sporządzanie protokołów przyjęć i zwalniania lokali (ok 6 tys. rocznie), prowadzenie ewidencji lokali oraz osób przebywających w lokalach, dokonywanie wizji lokalowych, prowadzenie ewidencji danych kontaktowych użytkowników, czy dokonywanie kontrolnych odczytów wskazań wszystkich urządzeń pomiarowych (co najmniej 2-krotnie w ciągu roku).

Ponadto specyfika zarządzanego przedmiotu wymaga zapewnienia obsługi użytkowników we wszystkie dni robocze w godzinach pracy wykonawcy, w tym raz w

10

tygodniu do godziny 18,00 oraz ustanowienia podmiotów odpowiedzialnych w razie awarii po godzinach pracy wykonawcy oraz w dni świąteczne.

Priorytetem dla Agencji jest zapewnienie najwyższej jakości obsługi poprzez niezwłoczny kontakt z żołnierzem i szybkie przekazanie lokalu mieszkalnego. Biorąc pod uwagę powyższe, a także częsty kontakt z mieszkańcami zasobu WAM, czy pracownikami Agencji w kontekście, rozliczeń opłat mieszkaniowych, sporządzania kosztorysów remontowych, wizji lokali, bieżących konserwacji i zgłaszania innych problemów/interwencji niezbędnym jest zapewnienie niezbędnego minimum punktów przyjęć interesanta, zlokalizowanych w przynajmniej w miejscowościach, w których mają siedzibę oddziały regionalne. Jednocześnie zamawiający zwraca uwagę, że obecnie punktów przyjęć interesantów jest znacznie więcej (...).

Także podana poniżej linia orzecznicza potwierdza prawidłowość działania

zamawiającego w zakresie opisanego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stanowi o tym wyrok KIO 595/14 (...).

Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne jest raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Podobnie w wyrokach KIO 1321/13 oraz KIO 1328/13 „Ustalane warunki udziału w postępowaniu, jakkolwiek mogące być niemożliwe do spełnienia przez niektórych wykonawców nie mogą być uznane za naruszające przepisy ustawy, o ile rzeczywiście są odniesione do przedmiotu zamówienia z zachowaniem uzasadnionej proporcjonalności”. Tak samo wyrok KIO 353/11 (...). Przytaczając powyższy wyrok należy także wskazać, że zamawiający wymaga wykazania przez wykonawcę wykonania dwóch usług o charakterze ciągłym, których wartość jest, z racji wymaganego obszaru do realizacji proporcjonalna do opisanego zakresu zamówienia. Z tego względu biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że zarzuty postawione w pkt 1 i 2 odwołania są całkowicie niezasadne.

Ponadto odnosząc się do zarzutu postawionego w pkt 3 odwołania, w którym odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów zawartych w art. 91 ust 3 w zw. 2 art. 7 ust 1 PZP poprzez formułowanie kryterium oceny ofert w części XIII ust. 1 pkt 2, który preferuje podmiot realizujący dotychczas zamówienie dla zamawiającego i uniemożliwia

11

udział w postępowaniu podmiotom, które są zdolne do wykonania zamówienia w sposób należyty, Zamawiający zwraca uwagę, że swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania poza cenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażaną w art. 7 ust 1 PZP, w myśl której przygotowuje się i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przedmiot zamówienia określony i precyzyjnie opisany przez zamawiającego, dotyczący ciągłego świadczenia usług zarządzania nieruchomościami Wojskowej Agencji Mieszkaniowej jest nierozdzielnie związany z koniecznością świadczenia czynności fizycznego kontaktu z nieruchomościami i niezbędna jest wobec tego szybka reakcja, a co za tym idzie specjalna infrastruktura, zapewniająca niezbędny czas reakcji na zgłoszenie Zamawiającego. Opisany w SIWZ poziom warunku zapewnia jedynie minimum niezbędne do świadczenia tak specyficznej usługi zarządzania, przy czym, biorąc pod uwagę wielkość zasobu (ponad 6 mln m² powierzchni zabudowanej i niezabudowanej w tym ok. 5 900 samych budynków) nie jest możliwe zarządzanie tzw. zdalne, na odległość, czy wirtualnie poprzez sieć Internet.

Zamawiający oczekuje zarządzania w zakresie znacznie rozszerzonym. W szczególności wykonawca poza zwykłym zarządzaniem, będzie także prowadził bezpośredni nadzór nad konserwacją i sprzątaniem części wspólnych nieruchomości i przyległych terenów. Ponadto usługa obejmuje także lokale mieszkalne, dla których w ramach umowy wykonawca obowiązany będzie określać między innymi zakres robót remontowych wykonywanych przed ponownym zasiedleniem a także wykonywać dla Zamawiającego kosztorysy inwestorskie na planowane roboty remontowe, co Zamawiający opisuje powyżej, argumentując bezzasadność zarzutów 1 i 2 odwołania.

Odnosząc każde kryterium Zamawiający musi określić (i podać do wiadomości wykonawcom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, co też zostało uczynione w SIWZ, przepis art. 91 ust. 3 PZP stanowi, że „Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej”. Powyższy przepis zawiera wyliczenie niedopuszczalnych kryteriów ocen, które ma charakter przykładowy. Oznacza to, iż poza wiarygodnością ekonomiczną, techniczną lub finansową wykonawcy ubiegającego się o Zamówienie, przy wyborze najkorzystniejszej oferty nie mogą być brane pod uwagę także inne kryteria odnoszące się do właściwości wykonawcy. W ocenie Zamawiającego kryterium oceny ofert w zakresie posiadania Biur obsługi klienta nie

narusza przepisu art. 91 ust. 3 PZP, ponieważ wykonawca i tak musi spełnić kryterium ich posiadania - w liczbie 10, zaś oceniana będzie ich liczba ponad ten wymóg. Kryterium takie,

12

na podstawie którego przyznawane są dodatkowe punkty (premiowanie przez Zamawiającego) w ramach oceny ofert, może dotyczyć np. posiadania (wskazanych w SIWZ) biur obsługi klienta w liczbie przewyższającej określony poziom minimalny. Podkreślić należy również, że przyjęte w przedmiotowym postępowaniu kryterium posiadania biur obsługi klienta to kryterium, które jest kwantyfikowalne matematycznie czyli stopniowalne i mierzalne w wartościach liczbowych, a jego waga procentowa (10%) wskazana w SIWZ nie stanowi przeciwwagi dla pozostałych kryteriów w tym w szczególności kryterium ceny.

Odnosząc się do zarzutu postawionego w pkt 4, w którym odwołujący zarzuca zamawiającemu sformułowanie zawarte w części XV ust 2 w zw. z § 19 ust. 2 i 6 Umowy poprzez zastrzeżenie na rzecz zamawiającego prawa akceptacji warunków zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczenia bez wskazania kryteriów jakimi będzie kierować się zamawiający wyrażając zgodę na zaproponowane warunki, co umożliwia zamawiającemu podjęcie arbitralnej decyzji, która skutkować może odmową zawarcia Umowy, należy stwierdzić, że wykonawca stawia daleko idące wnioski, iż zamawiający może „podjąć arbitralną decyzję, która skutkować może odmową zawarcia Umowy” w przypadku nie zaakceptowania warunków zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Zamawiającego zarzut podniesiony w pkt 4 odwołania, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niewskazanie w treści umowy (tj. w treści § 19 ust. 2 i 6 umowy) kryteriów jakimi będzie się on kierował wyrażając zgodę na zaproponowane warunki zabezpieczenia, nie jest zarzutem zasadnym.

W pierwszej kolejności zwrócić uwagę należy na przepis art. 29 ust. 2 Pzp. Zgodnie z jego treścią „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”. Z literalnego brzmienia przywołanego wyżej przepisu wynika zatem wprost, że odnosi się on wyłącznie do opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej. Takie bowiem zadanie realizował będzie podmiot, którego oferta okaże się najkorzystniejsza i takie jego działanie stanowiło będzie przedmiot przyszłego świadczenia na rzecz Zamawiającego. Zgodnie zatem z treścią art. 29 Pzp to ten przedmiot winien być opisany w taki sposób, aby nie budził wątpliwości oferentów i nie stwarzał możliwości naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący zarzutu takiego nie postawił - podniósł natomiast, że Zamawiający nie opisał w sposób dostateczny kryteriów, jakimi będzie się kierował przy akceptacji warunków ewentualnie zmienionej (w toku realizacji umowy) formy zabezpieczenia. Zarzut ten nie dotyczy zatem czynności wchodzącej w skład przedmiotu zamówienia, a dotyczy zabezpieczenia wykonania umowy.

Zabezpieczenie jest natomiast zawsze czynnością akcesoryjną w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie stanowi jego części. Sposób oraz termin, w jakim

13

zabezpieczenie zostanie uiszczone przez wykonawcę nie stanowi również elementu jego oferty. Powyższe znajduje takie potwierdzenie, w treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 05.01.2012 r. (sygn. akt KIO 2694/11, Lex nr 1103381), zgodnie z którym „(...) sposób i termin wniesienia zabezpieczenia nie jest przedmiotem przyszłego świadczenia i tym samym nie jest on przedmiotem procesu ofertowania.”

Reasumując podkreślić należy, iż opis sporządzony przez Zamawiającego dotyczący zabezpieczenia nie narusza zasad uczciwej konkurencji (a nawet nie może ich naruszać). Opis ten nie stanowi bowiem opisu przedmiotu zamówienia, a okoliczności dotyczące sposobu i terminu uiszczenia przez wykonawcę zabezpieczenia nie stanowią elementu jego oferty.

W ocenie Zamawiającego również zapis art. 19 ust 2 i 6 Umowy, nie może być podstawą zarzutu polegającego na naruszeniu art. 7 ust 1 Pzp. Zgodnie z treścią ww. przepisu „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”. Podkreślić zatem należy, iż przepis ten odnosi się do postępowania o

udzielenie zamówienia, a więc do postępowania, które rozpoczyna się w momencie uzewewnętrznienia woli zamawiającego co do chęci nabycia dostawy, usługi albo roboty budowlanej, a kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej (por. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 14 kwietnia 2011 r. BDFI/4900/15/17-18/RN-6/11/840, LEX nr 798190). Odwołujący natomiast zarzuca Zamawiającemu niewystarczające opisanie obowiązku uiszczenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a więc obowiązku, który na tym etapie, a więc na etapie postępowania o udzielenie zamówień publicznych w ogóle jeszcze nie istnieje. Obowiązek ten powstaje bowiem dopiero po dokonaniu wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej. Dopiero wówczas Wykonawca (a więc tylko ten podmiot, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą) zobowiązany jest do uiszczenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Podkreślić zatem należy, iż zabezpieczenie nie stanowi elementu oferty Wykonawcy, a tym samym sposób, termin, czy też inne okoliczności związane z uiszczeniem przez wykonawcę zabezpieczenia nie stanowią elementu podlegającego ocenie (czy nawet weryfikacji) przez Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym jeszcze raz podkreślić należy, iż opis sporządzony przez Zamawiającego dotyczący zabezpieczenia nie narusza zasad uczciwej konkurencji (a nawet nie może ich naruszać).

14

Na marginesie jeszcze tylko wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, wskazanym w pkt 4 odwołania, treść § 19 ust 2, czy też ust 6 Umowy nie daje podstaw, ani nawet możliwości podjęcia przez Zamawiającego arbitralnej decyzji skutkującej odmową przez niego zawarcia Umowy z wybranym uprzednio wykonawcą. Przepis § 19 ust. 2 Umowy wskazuje bowiem, iż zamawiający dopuszcza możliwość zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania w trakcie realizacji umowy na jedną z form, o których mowa w art. 148 Pzp, a więc reguluje kwestie dotyczące zabezpieczenia, ale zaistniałe w trakcie realizacji umowy, a więc już na etapie po podpisaniu umowy. Przepis § 19 ust 6 Umowy odnosi się natomiast jedynie do obowiązku przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów stanowiących zabezpieczenie. Ma to na celu jedynie sprawdzenie, czy faktycznie zabezpieczenie zostało uiszczone i czy jest we właściwej wysokości. Powyższe nie pozostaje bowiem bez znaczenia dla Zamawiającego. Przepis ten nie daje natomiast podstaw Zamawiającemu do tego, aby odmówić podpisania umowy, a wręcz przeciwnie Zamawiający musiałby w takiej sytuacji liczyć się z ewentualnymi konsekwencjami prawnymi takiego postępowania. Mając na uwadze powyższe zarzut z pkt 4 odwołania uznać należy za bezzasadny."

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej”. CPV 70330000-3: Usługi zarządzania nieruchomościami na zasadzie bezpośredniej płatności lub umowy.

Część III. Opis przedmiotu zamówienia.

2. Szczegółowy opis przedmiotu niniejszego zamówienia, zawarty jest w załączniku nr 1 do SIWZ.

3. Warunki realizacji zamówienia zawarte są także w projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ.

Część IV. Termin wykonania zamówienia. Zamówienie należy wykonywać od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 stycznia 2016 roku do 31 grudnia 2018 roku.

Część V. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

15

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, dotyczące między innymi:

2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku:

Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał należycie minimum dwie odrębne usługi (na odrębne umowy) niezbędne do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie zarządzania nieruchomościami zabudowanymi i niezabudowanymi oraz budynkami mieszkalnymi, rozmieszczonymi co najmniej w dwóch lub więcej województwach na terenie Polski, o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 000 000 m², przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy, których wartość wynosiła minimum 2 000 000 zł brutto każda wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym,

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Zamawiający uzna, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, jeżeli Wykonawca zapewni dostępność biur obsługi klienta co najmniej w lokalizacjach: Bydgoszcz, Gdynia, Kraków, Lublin, Olsztyn, Poznań, Szczecin, Warszawa, Wrocław, Zielona Góra.

Wykonawca ilość dostępnych biur obsługi klienta wraz z ich lokalizacją (tj. nazwa, adres, kod pocztowy, miejscowość) wskaże w wykazie lokalizacji, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ.

3. Wykonawca zobowiązany jest wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz brak podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

4. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

5. Oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający dokona na podstawie analizy załączonych przez Wykonawcę do oferty oświadczeń i dokumentów, wyszczególnionych w SIWZ. Z treści załączonych oświadczeń i dokumentów musi jednoznacznie wynikać, iż Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w części V SIWZ w ust. 1-2.

Część VI. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

16

1. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć:

1) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - załącznik nr 3 do SIWZ;

2) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - wg załącznika nr 5 do SIWZ; dowodami, o których mowa powyżej mogą być poświadczenia lub oświadczenie wykonawcy, jeżeli wykonawca z uzasadnionych przyczyn o charakterze obiektywnym nie jest w stanie uzyskać poświadczeń. Wykonawca zamiast poświadczeń, o których mowa powyżej, może przedłożyć dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie lub wykonanie usługi - zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. poz. 231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”;

3) wykaz lokalizacji zawierający ilość dostępnych biur obsługi klienta zawierający nazwę, adres, kod pocztowy, miejscowość) w oparciu o Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik 1);

4. Wykonawca w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

14. Jeżeli Wykonawca nie dołączy do oferty wymaganych oświadczeń i dokumentów lub z ich treści nie będzie wynikać, że zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu - z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy, to Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art.

24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Część VII SIWZ. 14. Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający niezwłocznie udzieli wyjaśnień, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

17

19. W uzasadnionych przypadkach Zamawiający może, przed upływem terminu składania ofert, zmienić treść SIWZ. Dokonaną zmianę SIWZ Zamawiający przekaze niezwłocznie wszystkim Wykonawcom, którym przekazał SIWZ, a także zamieści ją na stronie internetowej.

20. Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia oraz zmiany, w tym zmiany terminów, jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert.

Część X. Opis sposobu przygotowywania oferty.

4. W Formularzu oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) należy podać cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia, wynikającą z Formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ).

W Formularzu cenowym (załącznik nr 2A do SIWZ) należy podać: (...)

5. Do oferty należy również załączyć wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty wskazane w SIWZ.

6. Załączniki do oferty: oświadczenia i dokumenty wskazane w SIWZ, winny zawierać informacje i dane wymagane przez Zamawiającego i powinny być sporządzone zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez Zamawiającego wzorcami (załącznikami do SIWZ).

Część XI. Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert.

W terminie do 9 lipca 2015 roku do godziny 11:00

Część XII. Opis sposobu obliczenia ceny.

1. Cena ofertowa za wykonanie zamówienia podana w ofercie musi być ceną brutto (razem z podatkiem VAT). Cena ofertowa brutto za wykonanie zamówienia winna uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, w tym cła, podatki i inne opłaty.

2. Przez cenę ofertową brutto za wykonanie części zamówienia należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r., poz. 915).

3. Wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia tak, aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez Zamawiającego.

4. Wykonawca podaje cenę ofertową brutto za wykonanie zamówienia w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ), wynikającą z Formularza cenowego (załącznik nr 2 do SIWZ).

Część XIII. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

18

1. Oferty będą oceniane według poniższych kryteriów, którymi są:

1) Miesięczne wynagrodzenie netto - stawka ryczałtowa za zarządzanie - 85% - Parametr C
Wykonawca miesięczne wynagrodzenie netto stanowiące stawkę ryczałtową za zarządzanie wskaże w Formularzu ofertowym.

2) Liczba biur obsługi klienta - 10% - Parametr B

Zamawiający będzie oceniał liczbę biur obsługi klienta ponad wymóg określony w części V ust. 1 pkt 3) SIWZ, tj. wykonawca ma obowiązek posiadać biura obsługi klienta w lokalizacjach co najmniej Bydgoszcz, Gdynia, Kraków, Lublin, Olsztyn, Poznań, Szczecin, Warszawa, Wrocław, Zielona Góra, sporządzoną w oparciu o załącznik nr 7, w którym Zamawiający określił miejscowości, w których znajdują się nieruchomości do zarządzania. Wykonawca poda liczbę biur obsługi klienta wraz z ich lokalizacją (tj. nazwa, adres, kod pocztowy, miejscowość) w wykazie lokalizacji, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Ocenie podlegać będzie jedno biuro obsługi klienta w jednej miejscowości. Niedopuszczalne jest powielanie adresów. Zamawiający przyjmie do oceny niepowielające się adresy wskazane w wykazie lokalizacji.

Parametr B - punkty w tym parametrze zostaną przyznane wg poniższego wzoru: badana

Ilość biur obsługi klienta

$B = \text{---} \times 100 \times 10\%$

największa ilość biur obsługi klienta.

Parametr O - liczba osób zatrudnionych - waga 5%.

2. Punkty wyliczone w każdym z ww. kryteriów zostaną zsumowane. W ten sposób Zamawiający uzyska ocenę końcową K. Spośród ofert niepodlegających odrzuceniu Zamawiający wybierze ofertę o najwyższej wartości oceny końcowej K.

11. Za najkorzystniejszą uznana będzie oferta, która otrzymała łącznie największą ilość punktów przyznanych w ocenie powyższych kryteriów.

Część XV. Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

1. Przed podpisaniem umowy, oznaczającym jej zawarcie, Zamawiający wymaga wniesienia przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które w wysokości 10% ceny wybranej oferty, może zostać wniesione wyłącznie w formach określonych w ust.1 art. 148 Pzp. Zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego wskazany w umowie.

2. Jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana, w ustalonym wg pkt 2 terminie, uchyli się od zawarcia przedmiotowej umowy lub nie wniesie wymaganego zabezpieczenia

19

należytego jej wykonania, Zamawiający wybierze jako najkorzystniejszą, ofertę zajmującą kolejne miejsce na liście rankingowej ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny.

4. Na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady zamawiający zatrzyma kwotę w wysokości 30% wysokości zabezpieczenia.

Część XVI. Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo projekt umowy.

1. Projekt umowy stanowi załącznik nr 8 do SIWZ.

2. Zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

1. Opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ

2. Formularz oferty - załącznik nr 2 do SIWZ.

3. Formularz cenowy - załącznik nr 2A do SIWZ.

4. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - załącznik nr 3 do SIWZ.

6. Wykaz usług - załącznik nr 5 do SIWZ

8. Wykaz lokalizacji - załącznik nr 7 do SIWZ

9. Projekt umowy - załącznik nr 8 do SIWZ.

Załącznik nr 2 do SIWZ FORMULARZ OFERTOWY

1. Oferta na „Zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej”,

2. Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ za cenę ofertową zł. brutto (słownie:) zgodnie z wyliczeniem zawartym w formularzu cenowym – załącznik nr 2A do SIWZ:

3. OŚWIADCZAMY, że zamówienie będzie realizowane od dnia zawarcia umowy jednak nie wcześniej niż od 1 stycznia 2016 roku do 31 grudnia 2018 roku.

6. OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z treścią SIWZ i akceptujemy ją bez zastrzeżeń. 7. OŚWIADCZAMY, że akceptujemy warunki załączonego do SIWZ projektu umowy i zobowiązujemy się do podpisania umowy w przypadku wyboru naszej oferty.

8. OŚWIADCZAMY, że wycena przedmiotu umowy uwzględnia wszystkie uwarunkowania oraz czynniki związane z realizacją zamówienia i obejmuje cały zakres rzeczowy zamówienia - jest kompletna.

Załącznik nr 3 do SIWZ

Oświadczenie Wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na: „Zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej”.

20

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zmianami).

Załącznik nr 5 do SIWZ

Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, GŁÓWNYCH USŁUG w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie w postępowaniu na: „Zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej.”

Lp; Przedmiot zamówienia; Wartość zamówienia brutto; Data wykonania dzień/miesiąc/rok; Nazwa i adres podmiotu na rzecz którego usługi zostały wykonane:

Załączam dokumenty potwierdzające, że w/w usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Załącznik nr 7 do SIWZ WYKAZ LOKALIZACJI biur obsługi klienta w postępowaniu na:

„Zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej”

L.p.; Nazwa Biura; Adres Kod pocztowy i miejscowość

Załącznik Nr 8 do SIWZ Projekt umowy - UMOWA o zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej zawarta w dniu w Warszawie, pomiędzy: Wojskową Agencją Mieszkaniową z siedzibą w Warszawie, adres: (...)02-004 Warszawa ul. Chałubińskiego 3a, (...)

1. Oddziałem Regionalnym WAM w Bydgoszczy, adres: 85-915 Bydgoszcz ul. Gdańska 163a,
2. Oddziałem Regionalnym WAM w Gdyni, adres: 81-231 Gdynia ul. M. Curie-Skłodowskiej 19,
3. Oddziałem Regionalnym WAM w Krakowie, 30-901 Kraków ul. Montelupich 3,
4. Oddziałem Regionalnym WAM w Lublinie, 20-309 Lublin, ul. Łęczyńska 1,
5. Oddziałem Regionalnym WAM w Poznaniu, 60-631 Poznań, ul. Dojazd 30,
6. Oddziałem Regionalnym WAM w Olsztynie, 10-219 Olsztyn, ul. Kasprowicza 1,
7. Oddziałem Regionalnym WAM w Szczecinie, 70-952 Szczecin, ul. Potulicka 2,
8. Oddziałem Regionalnym WAM w Warszawie, 00-792 Warszawa, ul. Chelmska 1,
9. Oddziałem Regionalnym WAM we Wrocławiu, 50-984 Wrocław, ul. Sztabowa 32,
10. Oddziałem Regionalnym WAM w Zielonej Górze, 65-120 Zielona Góra, Al. Zjednoczenia 104,

21

- reprezentowaną przez Pana T. S. – p.o. Prezesa Wojskowej Agencji Mieszkaniowej z siedzibą w Warszawie zwaną w dalszej części Umowy „Zamawiającym”, „WAM” lub „Agencją” (...) a, wpisanym/ą do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy (...) zwanym w dalszej części Umowy „Wykonawcą” (...)

§ 1 [Słowniczek] Strony postanawiają, że ilekroć w Umowie jest mowa o:

- 1) Zasobie nieruchomości - rozumie się przez to nieruchomości, których wykaz znajduje się w załącznikach nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 i 8 do Umowy.
- 2) Zarządzaniu lub zarządzaniu nieruchomością - rozumie się przez to działalność prowadzoną na zasadach określonych w Dziale V rozdziale 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2014 r., poz. 518, z późn. zm.), ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2013, poz. 1409, z późn. zm) oraz ustawą z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014, poz. 121, z późn. zm.) w zakresie wynikającym z postanowień Umowy.

§ 3 (Przedmiot Umowy)

1. Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do wykonywania zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób Wojskowej Agencji Mieszkaniowej, tj.:

- 1) budynkami mieszkalnymi stanowiącymi własność Skarbu Państwa - określonymi w załączniku nr 1,
- 2) lokalami mieszkalnymi położonymi w budynkach Skarbu Państwa, Wspólnot Mieszkaniowych i innymi - określonymi w załączniku nr 1 i 2,
- 3) lokalami użytkowymi i innymi położonymi w budynkach mieszkalnych stanowiących własność Skarbu Państwa, Wspólnot Mieszkaniowych i innych określonymi w załączniku nr 3,
- 4) nieruchomościami niezabudowanymi i zabudowanymi (grunty) określonymi w załączniku nr 4,
- 5) nieruchomościami zabudowanymi budynkami administracyjno-biurowymi - określonymi w załączniku nr 5,
- 6) nieruchomościami wyłączonymi z eksploatacji - określonymi w załączniku nr 6,
- 7) nieruchomościami zabudowanymi budynkami użytkowymi wolnostojącymi - określonymi w

załączniku nr 7,

8) nieruchomościami garażowymi - określonymi w załączniku nr 8.

2. Umowa wykonywana będzie na rzecz Dyrektorów niżej wymienionych Oddziałów Regionalnych WAM, tj.: (...)

3. Obowiązki i uprawnienia Zamawiającego z dniem podpisania Umowy realizują Dyrektorzy Oddziałów Regionalnych WAM, w zakresie właściwości których nieruchomości się znajdują.

22

§ 19 [Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy]

1. W dniu podpisania Umowy Wykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 10% łącznego wynagrodzenia Wykonawcy brutto wskazanego w ofercie, tj... zł (słownie:.....) w formie

2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania w trakcie realizacji Umowy na jedną z form, o których mowa w art. 148 ust. 1 Pzp. Zamawiający zastrzega sobie prawo akceptacji warunków zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, bądź innych form nie stanowiących wpłaty kwoty pieniężnej na rachunek bankowy Zamawiającego.

3. Zamawiający zastrzega sobie prawo do potrącania z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy wszelkich kwot należnych od Wykonawcy, jakie powstaną w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy.

4. Wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na bezpośrednie potrącanie z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy wszelkich roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy.

5. W przypadku dokonania przez Zamawiającego wypłaty z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, Wykonawca zobowiązuje się uzupełnić jej kwotę do wysokości określonej w ust. 1, w terminie 14 dni kalendarzowych od daty wykonania przez Zamawiającego ww. wypłaty.

6. Treść dokumentów stanowiących zabezpieczenie należytego wykonania Umowy zostanie przedłożona do akceptacji Zamawiającego przed zawarciem Umowy.

7. W przypadku, gdy zabezpieczenie w postaci gwarancji lub poręczeń zbliża się do upływu terminu jego ważności, a brak jest podstaw do zwrotu zabezpieczenia, Wykonawca zobowiązany jest, na 30 (trzydzieści) dni przed upływem okresu ważności zabezpieczenia, do przedłużenia okresu obowiązywania zabezpieczenia na dalszy okres obowiązywania Umowy. W razie opóźnienia w wykonaniu tego obowiązku Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę Umowną w wysokości 1.000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w zapewnieniu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy przez cały okres jej obowiązywania.

8. Jeżeli wysokość roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania Umowy przekroczy kwotę zabezpieczenia to różnicę między wartościami roszczeń i zabezpieczenia pokryje Wykonawca.

9. Wszelkie koszty z tytułu ustanowienia i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ponosi Wykonawca.

23

10. Strony zgodnie oświadczają, że wniesione zabezpieczenie należytego wykonania Umowy, o którym mowa w ust. 1, zostanie zwrócone stosownie do art. 151 Pzp.

§ 25 [Integralność Umowy] Integralną część Umowy stanowią załączniki wymienione w tekście Umowy: (...)

22) Załącznik nr 15 - wykaz lokalizacji biur obsługi.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia 11 110 571,29 euro bez VAT, tj.

46 941 052,64 zł.

Powierzchnia administrowanych lokali i terenów ogółem „biorąc pod uwagę wielkość zasobu (ponad 6 mln m² powierzchni zabudowanej i niezabudowanej w tym ok. 5 900 samych budynków [z odpowiedzi zamawiającego]). Powierzchnia użytkowa do administrowania wynosząca: budynki mieszkalne stanowiące własność Skarbu Państwa - 521 074,47; lokale mieszkalne w budynkach wspólnot mieszkaniowych - 728 216,92 m²; lokale użytkowe i inne 134 058,78 m²; nieruchomości niezabudowane i zabudowane (grunty) - 4 525 223,22 m²; nieruchomości zabudowane budynkami administracyjno-biuroowymi - 5 635,21 m²;

nieruchomości garażowe -34 218,50 m².

Izba zważyła, co następuje.

Odwolujący wykazał interes w złożeniu odwołania, jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ponieważ wykazywał, że obecne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji uniemożliwiają wykonawcy uczestnictwo w przetargu i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

Ad. Zarzut 1 - naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 oraz w zw. art. 7 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowienia w części V ust. 1 pkt 2 SIWZ w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję oraz uniemożliwiający udział w postępowaniu podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia - poprzez określenie minimalnej wartości każdego z co najmniej dwóch kontraktów w wysokości 2.000.000 zł, w sytuacji gdy podmiot zarządzający nieruchomościami o metrażu nie mniejszym niż 1.000.000 m² na podstawie kilku różnych umów o mniejszej wartości niż wskazane przez zamawiającego również jest w stanie wykonać w sposób należyty umowę.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 22 ust. 1 stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, między innymi wiedzy i doświadczenia. Ust. 4 art. 22 ustawy Pzp zawiera wytyczne, aby opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

24

Należało zatem porównać powyższe regulacje ustawowe do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretyzujących warunki udziału w niniejszym przetargu. Przedmiotem zamówienia (umowy) jest zarządzanie nieruchomościami stanowiącymi zasób zamawiającego (w zakresie zarządzania nieruchomościami zabudowanymi i niezabudowanymi oraz budynkami mieszkalnymi), w okresie podanym w części IV SIWZ, tj. od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 stycznia 2016 roku do 31 grudnia 2018 roku (36 miesięcy). Wartość przedmiotu zamówienia została określona w sekcji II.2.1 ogłoszenia na kwotę 11 110 571,29 euro bez VAT, tj. 46 941 052,64 zł. Powierzchnia administrowanych lokali i terenów na rzecz 10 Oddziałów Regionalnych WAM, tj.: 1) Oddziału Regionalnego WAM w Bydgoszczy, 2) Oddziału Regionalnego WAM w Gdyni, 3) Oddziału Regionalnego WAM w Krakowie, 4) Oddziału Regionalnego WAM w Lublinie, 5) Oddziału Regionalnego WAM w Poznaniu, 6) Oddziału Regionalnego WAM w Olsztynie, 7) Oddziału Regionalnego WAM w Szczecinie, 8) Oddziału Regionalnego WAM w Warszawie, 9) Oddziału Regionalnego WAM we Wrocławiu, 10) Oddziału Regionalnego WAM w Zielonej Górze przewyższa według niekwestionowanych danych zamawiającego 6 000 000 m².

W odniesieniu do powyżej opisanego zamówienia zamawiający wymagał od wykonawcy, aby legitymował się wiedzą i doświadczeniem wskazanym w Część V.1.2) SIWZ. Z opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku wynika, że wykonawca jest zobowiązany wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał należycie minimum dwie odrębne usługi (na odrębne umowy) niezbędne do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie zarządzania nieruchomościami zabudowanymi i niezabudowanymi oraz budynkami mieszkalnymi, rozmieszczonymi co najmniej w dwóch lub więcej województwach na terenie Polski, o łącznej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1 000 000 m², przez co najmniej 12 kolejnych miesięcy, których wartość wynosiła minimum 2 000 000 zł brutto każda wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa wyżej wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - wg załącznika nr 5 do SIWZ.

25

W ocenie Izby stawiane w SIWZ wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy nie są nadmierne w stosunku do przedmiotu niniejszego zamówienia.

Po pierwsze, przedmiot każdej z dwóch usług referencyjnych ma obejmować zarządzanie nieruchomościami (w zakresie zarządzania nieruchomościami zabudowanymi i niezabudowanymi oraz budynkami mieszkalnymi), a więc odpowiadający przedmiotowi zamówienia.

Po drugie, przedmiot dwóch usług referencyjnych ma obejmować zarządzanie nieruchomościami o metrażu nie mniejszym niż 1.000.000 m² łącznie (każda o metrażu np. 500 000 m²), a więc nie większym niż ogółem powierzchnia użytkowa do administrowania wynosząca: budynki mieszkalne stanowiące własność Skarbu Państwa - 521 074,47 m²; lokale mieszkalne w budynkach wspólnot mieszkaniowych - 728 216,92 m²; lokale użytkowe i inne - 134 058,78 m²; nieruchomości niezabudowane i zabudowane (grunty) - 4 525 223,22 m²; nieruchomości zabudowane budynkami administracyjno-biurowymi - 5 635,21; nieruchomości garażowe - 34 218,50 m², razem około 6 000 000 m² - znacznie przewyższająca wymaganą powierzchnię sumaryczną 2 usług referencyjnych.

Po trzecie, przedmiot każdej z dwóch usług referencyjnych ma obejmować zarządzanie nieruchomościami rozmieszczonymi co najmniej w dwóch lub więcej województwach na terenie Polski, co wobec zakresu świadczenia zamówienia na rzecz 10 Oddziałów Regionalnych WAM w całej Polsce - nie jest warunkiem nadmiernym.

Po czwarte, świadczenie każdej z dwóch usług referencyjnych ma obejmować okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy, co wobec przewidzianego 3 letniego terminu realizacji zamówienia - nie jest warunkiem nadmiernym.

Po piąte, wartość każdej z dwóch usług referencyjnych ma być nie mniejsza niż 2 000 000 zł brutto, co wobec szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia w kwocie 46 941 052,64 zł - nie jest warunkiem nadmiernym.

Nie znajdował umocowania w materiale dowodowym sprawy argument odwołującego, że z uwagi na notowane niskie ceny rynkowe zarządu nieruchomości - za wyznaczony 12 miesięczny okres świadczenia usługi referencyjnej nie jest realne osiągnięcie wynagrodzenia w kwocie minimum 2 000 000 zł w odniesieniu do każdej z dwóch umów.

Okres świadczenia usług referencyjnych ma obejmować co najmniej 12 kolejnych miesięcy. Nie ma więc żadnych przeszkód, aby był to okres dłuższy, a zatem pozwalający na osiągnięcie wynagrodzenia przynajmniej w wysokości 2 000 000 zł.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że także wykonawca, który świadczył bardziej rozdrobnione usługi (tj. na podstawie większej ilości umów i o mniejszej wartości niż

2 000 000 zł brutto każda, 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. Bez wątpliwości postępowanie dotyczy jednego zamówienia, chociaż realizowanego na rzecz 10 odrębnych terytorialnie Oddziałów Regionalnych WAM, co nie jest równoznaczne z zawarciem wielu umów na identyczne działania. Przedmiot zamówienia mimo, że generalnie obejmuje standardowe czynności zarządu nieruchomościami, charakteryzuje się również pewną odrębnością - z uwagi na to, że dotyczy nieruchomości wykorzystywanych na cele zarówno zakwaterowania żołnierzy i ich rodzin, jak też na inne cele przypisane do realizacji Wojskowej Agencji Mieszkaniowej.

Zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp warunki, o których mowa w ust. 1 oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Nie można było pomijać, że zamawiający nie żądał wykazania się przez wykonawcę jedną usługą zarządzania nieruchomościami o wartości zbliżonej do przedmiotu zamówienia, ale z własnej inicjatywy podzielił warunki w SIWZ w odniesieniu do wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawcy na dwie jednorodne w swym charakterze usługi, każda o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto. Powyższe wychodzi naprzeciw postulatowi odwołującego. Nie można jednak uznać za uzasadnionych wniosków odwołującego, aby dopuścić do udziału w postępowaniu każdy podmiot, który realizował w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert - usługi o zbliżonym charakterze w oparciu o dowolną ilość umów, ponieważ

nie odpowiadałyby one skali realizowanego przedsięwzięcia.

Warunek pozostaje proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 5 oraz w zw. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sposób sformułowanie postanowienia w części V ust. 1 pkt 2 SIWZ.

Ad. Zarzut 2 - naruszenia art. 22 ust 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w z w. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie postanowienia w części V ust. 1 pkt 3 SIWZ w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję - poprzez wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, które nie posiadają biur w wymienionych miejscowościach, ale które posiadają środki finansowe aby biura takie zostały dla potrzeb tego zamówienia utworzone, co wskazuje na preferowanie podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, który biura takie już posiada.

27

Zarzut podlegał uwzględnieniu. Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp ma wykazać dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia. Jeżeli jednak, ubiega się o zamówienie, które będzie świadczone w różnych miejscowościach na terenie kraju, nie musi dla wykazania warunków udziału, uprzednio tworzyć infrastruktury w postaci biur w oznaczonych miejscowościach. Nie ma bowiem pewności czy zamówienie uzyska, a warunki zamówienia nie powinny narażać wykonawcy na niewspółmierne koszty wynajęcia biur - związane jedynie z faktem złożenia oferty. Może się bowiem ubiegać o przedmiotowe zamówienia również taki wykonawca, który zajmował lub zajmuje się zarządzaniem nieruchomościami nie na terenie całego kraju, a jedynie w określonej miejscowości, czy regionie i aktualnie posiada jedynie biura tam zlokalizowane.

Do okoliczności rozpatrywanego przypadku należy odnieść wskazania wyroku ETS z 27 października 2005 r. w sprawie sygn. akt C-234/03 Conse i inni przeciwko Ignésa, że *„niezgodne z art. 49 TWE jest zawarcie przez zamawiającego w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, po pierwsze przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i po drugie: kryteriów oceny ofert, które uwzględniają poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji, lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych, oraz temu, aby w przypadku równej ilości punktów przez więcej ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, w zakresie w jakim kryteria stosowane są w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, lub wykraczają poza to co jest konieczne dla jego osiągnięcia.”*

Z powyższego wynika, że wymóg musi być odpowiedni dla osiągnięcia wyznaczonego celu i nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia. Przytaczane wytyczne definiują tym samym pojęcie „proporcjonalności” warunku do przedmiotu zamówienia.

Wymóg posiadania biur obsługi interesantów w chwili składania ofert, jeszcze przed zawarciem i wykonywaniem umowy jest beзуyteczny i nieproporcjonalny, nie jest odpowiedni dla zagwarantowania realizacji celu, dla którego został wprowadzony i wykracza poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia. Dla osiągnięcia zamierzonego celu wystarczyłoby zwykłe zobowiązanie w dokumentach oferty wykonawcy do otwarcia takich biur w lokalizacjach

28

wyznaczonych przez zamawiającego - w przypadku wyboru oferty danego wykonawcy i udokumentowanie faktu dysponowania biurami w ściśle oznaczonych lokalizacjach (adresach) przed terminem zawarcia umowy.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinna przewidywać dla wykonawców stosowny okres przejściowy dla zorganizowania niezbędnego zaplecza - pozwalającego na podjęcie działalności zarządzania nieruchomościami w oznaczonej dacie.

Obecnie na rynku notuje się dużą nadpodaż lokali użytkowych na wynajem, co jest okolicznością powszechnie wiadomą, wobec czego dowolny wykonawca posiadający środki finansowe jest zdolny aby biura takie dla potrzeb tego zamówienia utworzyć w krótkim terminie przed zawarciem umowy z zamawiającym i zorganizować biura do obsługi zamówienia w wyznaczonych przez zamawiającego miejscowościach oraz innych miejscowościach, dla których będzie to niezbędne i w dacie zawarcia umowy przekazać zamawiającemu spis tych biur z oznaczeniem ich dokładnej lokalizacji. Zwłaszcza, że zamawiający prowadzi postępowanie z odpowiednim wyprzedzeniem do terminu zawarcia umowy, który przewidział w Część IV SIWZ (Termin wykonania zamówienia). Zamówienie należy wykonywać od dnia zawarcia umowy, jednak nie wcześniej niż od 1 stycznia 2016 roku do 31 grudnia 2018 roku. Bez znaczenia pozostaje, że zamawiający w związku z zapytaniami do SIWZ liczy się z możliwością przesunięcia terminu składania ofert wyznaczonego do 9 lipca 2015 r. Rzeczą zamawiającego jest takie przeprowadzenie postępowania, aby umożliwić wykonawcy, który dotychczas nie realizował tej usługi na jego rzecz, płynne przejęcie obowiązków - jeżeli jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Postanowienia SIWZ w obecnym kształcie naruszają art. 22 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w z w. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie postanowienia w części V ust. 1 pkt 3 SIWZ w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję - poprzez wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, które nie posiadają biur w wymienionych miejscowościach, co wskazuje na faktyczne preferowanie podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, który biura takie już posiada.

Wbrew argumentom zamawiającego problem nie polegał na tym, aby odwołujący kwestionował potrzebę istnienia biur obsługi interesanta w trakcie realizacji umowy, ale na tym, że nie jest zasadne stawianie takiego wymogu już w momencie złożenia oferty i narażanie wykonawcy na koszty z tym związane, które nie odnoszą się do realizacji przedmiotu zamówienia.

29

Ad. Zarzut 3 - naruszenia art. 91 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert w części XIII ust. 1 pkt 2 SIWZ, który preferuje podmiot dotychczas wykonujący zamówienia i uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotów, które zdolne są do wykonania w sposób należyty zamówienia.

Zarzut podlegał uwzględnieniu. W części XIII. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, zamawiający podał, że:

1. Oferty będą oceniane według poniższych kryteriów, którymi są:

1) Miesięczne wynagrodzenie netto – stawka ryczałtowa za zarządzanie - 85% - Parametr C
Wykonawca miesięczne wynagrodzenie netto stanowiące stawkę ryczałtową za zarządzanie wskaże w Formularzu ofertowym.

2) Liczba biur obsługi klienta - 10% - Parametr B

Zamawiający będzie ocenił liczbę biur obsługi klienta ponad wymóg określony w części V ust. 1 pkt 3) SIWZ, tj. wykonawca ma obowiązek posiadać biura obsługi klienta w lokalizacjach co najmniej Bydgoszcz, Gdynia, Kraków, Lublin, Olsztyn, Poznań, Szczecin, Warszawa, Wrocław, Zielona Góra, sporządzoną w oparciu o załącznik nr 7, w którym zamawiający określił miejscowości, w których znajdują się nieruchomości do zarządzania. Wykonawca poda liczbę biur obsługi klienta wraz z ich lokalizacją (tj. nazwa, adres, kod pocztowy, miejscowość) w wykazie lokalizacji, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Ocenie podlegać będzie jedno biuro obsługi klienta w jednej miejscowości. Niedopuszczalne jest powielanie adresów. Zamawiający przyjmie do oceny niepowielające się adresy wskazane w wykazie lokalizacji.

Parametr B – punkty w tym parametrze zostaną przyznane wg poniższego wzoru: badana ilość biur obsługi klienta

$$B = \frac{x}{100} \times 100 \times 10\% \text{ największa ilość biur obsługi klienta.}$$

Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne,

aspekty środowiskowe społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.

Przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp wprost zakazuje ustanawiania kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy, jego wiarygodności technicznej, ekonomicznej

30

lub finansowej. Zamawiający ustanowił warunek posiadania biur obsługi interesanta jako element wykazania zdolności technicznej wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc warunek o charakterze podmiotowym. Zamawiający nie wykazał, iż na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu nie obowiązuje zakaz ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Usługi zarządzania mieniem wymienione w załączniku nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010, Nr 12, poz. 68) zaliczane są do usług priorytetowych, do których przepis art. 5 ust. 1 ustawy Pzp nie ma zastosowania.

Zamawiający w sposób niedopuszczalny liczbę biur obsługi klienta we wskazanych przez wykonawcę lokalizacjach, stanowiących co do zasady przesłankę wiarygodności technicznej wykonawcy do należytego wykonania zamówienia ustanowił kryterium oceny ofert z przypisaną wagą 10%, w którym to kryterium miał oceniać liczbę biur obsługi klienta ponad wymóg minimalny określony w części V ust. 1 pkt 3 SIWZ.

Z przywołanego wyżej wyroku ETS z 27 października 2005 r. w sprawie sygn. akt C-234/03 Conse i inni przeciwko Ignesa wynika, że „*niezgodne z art. 49 TWE jest zawarcie przez zamawiającego w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, (...) po drugie: kryteriów oceny ofert, które uwzględniają poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji.*”

Należy bowiem stwierdzić, że kryterium dotyczące posiadania biur obsługi interesantów nie dotyczy świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, tj. administrowania nieruchomościami, lecz najwyżej zdolności technicznej wykonawcy. Dlatego też kryterium oceny związane w danym przypadku z przyznaniem punktów za ponad minimalny wykaz biur obsługi interesantów, nie może być uznane za związane z przedmiotem zamówienia. Wymóg dysponowania biurami nie ma też dwojakiego charakteru przedmiotowo - podmiotowego, gdyż nie został objęty wprost zobowiązaniem wynikającym z formularza ofertowego.

Zamawiający ustanowił wymóg posiadania Biur jako element zdolności technicznej, i nie ma znaczenia, że zapowiedział, iż punktacja zostanie przydzielona za ilość biur ponad wymóg minimalny. Nie jest kwestionowana potrzeba prowadzenia takich biur, ale legitymowanie się nimi już w momencie złożenia oferty. Kryterium w przyjętej postaci ma wydźwięk antykonkurencyjny, premiujący bezzasadnie dotychczasowego wykonawcę przedmiotowej usługi, gdyż żaden inny wykonawca ubiegający się o to zamówienie nie jest

31

zobowiązany aby na potrzeby złożenia oferty i bez gwarancji uzyskania zamówienia wynajmował biura tak w zakresie minimalnym, jak i do otrzymania punktacji w wyznaczonym kryterium. Jeżeli nawet odnosić by kwestionowane kryterium do przedmiotu zamówienia, to żaden wykonawca nie ma obowiązku przed uzyskaniem zamówienia wykonywać jego elementów i ponosić związanych z tym kosztów.

Postanowienia w części XIII ust. 1 pkt 2 SIWZ w obecnym kształcie naruszają art. art. 91 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp, zatem powinny zostać wyeliminowane.

Ad. Zarzut 4 naruszenia art. 29 ust 2 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez sformułowanie zawarte w części XV ust. 2 w z w. z § 19 ust. 2 i 6 Wzoru umowy w związku z zastrzeżeniem na rzecz zamawiającego prawa akceptacji warunków zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczenia bez wskazania kryteriów jakimi będzie kierować się zamawiający wyrażając zgodę na zaproponowane warunki, co umożliwiła zamawiającemu podjęcie arbitralnej decyzji, która skutkować może odmową zawarcia umowy.

Rozpatrując sprawę Izba uwzględniła okoliczność, iż przepis art. 36 ust. 1 pkt 15

ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do podania w treści SIWZ wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy Pzp służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Przepis art. 148 ust. 1 ustawy Pzp wymienia sposób wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które obejmują według wyboru wykonawcy jedną lub kilka następujących form w:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

2. Za zgodą zamawiającego zabezpieczenie może być wnoszone również:

- 1) w wekslach z poręczeniem wekslowym banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej;
- 2) przez ustanowienie zastawu na papierach wartościowych emitowanych przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego;
- 3) przez ustanowienie zastawu rejestrowego na zasadach określonych w przepisach o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów

32

- czego w tym postępowaniu zamawiający nie dopuścił.

Art. 149 ust 1 ustawy Pzp stanowi, że w trakcie realizacji umowy wykonawca może dokonać zmiany formy zabezpieczenia na jedną lub kilka form, o których mowa w art. 148 ust. 1. Ust 3. Zmiana formy zabezpieczenia jest dokonywana z zachowaniem ciągłości zabezpieczenia i bez zmniejszenia jego wysokości.

Art. 150 ust 2 ustawy Pzp upoważnia do ustalenia zabezpieczenia w wysokości od 2% do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

W części XV ust. 1 i 2 SIWZ zamawiający podał wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

1. Przed podpisaniem umowy, oznaczającym jej zawarcie, Zamawiający wymaga wniesienia przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które w wysokości 10% ceny wybranej oferty, może zostać wniesione wyłącznie w formach określonych w ust.1 art. 148 Pzp.

2. Jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana, w ustalonym wg pkt 2 terminie, uchyli się od zawarcia przedmiotowej umowy lub nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania, Zamawiający wybierze jako najkorzystniejszą, ofertę zajmującą kolejne miejsce na liście rankingowej ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny.

W § 19 ust. 1, 2 i 6 Wzoru umowy zamawiający podał [Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy]

1. W dniu podpisania Umowy Wykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w wysokości 10% łącznego wynagrodzenia Wykonawcy brutto wskazanego w ofercie, tj ... zł (słownie:.....) w formie

2. Zamawiający dopuszcza możliwość zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania w trakcie realizacji Umowy na jedną z form, o których mowa w art. 148 ust. 1 Pzp. Zamawiający zastrzega sobie prawo akceptacji warunków zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, bądź innych form nie stanowiących wpłaty kwoty pieniężnej na rachunek bankowy Zamawiającego.

6. Treść dokumentów stanowiących zabezpieczenie należytego wykonania Umowy zostanie przedłożona do akceptacji Zamawiającego przed zawarciem Umowy.

Z przytaczanej wyżej treści normy art. 149 ust. 1 ustawy Pzp, wprost wynika uprawnienie wykonawcy do zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania w trakcie realizacji umowy na jedną z form, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest konieczna żadna zgoda zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający nie ma zatem

33

uprawnień, aby zastrzec na swoją rzecz prawo akceptacji warunków zabezpieczenia w

formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, bądź innych form nie stanowiących wpłaty kwoty pieniężnej na rachunek bankowy zamawiającego.

Postanowienia § 19 ust. 2 Wzoru umowy wymagają ich dostosowania do postanowień art. 149 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ustawodawca pozostawił zmianę formy zabezpieczenia (w związku z art. 148 ust. 1 ustawy Pzp) w trakcie realizacji umowy wyłącznie w gestii wykonawcy.

Wymagania dotyczące zabezpieczenia ustanowione zostały we wzorze umowy, który będzie obowiązujący dla wykonawcy, są więc objęte specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a zaskarżenie jej postanowień jest ograniczone zawitym terminem art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Z tych względów w zakresie w jakim zaskarżony zapis SIWZ narusza przepisy ustawy Pzp wykonawca jest uprawniony aby korzystać ze środków ochrony prawnej. Naruszenie przepisu ustawy Pzp stanowi jednocześnie o uchybieniu zasadom równego traktowania wykonawców i prowadzeniu postępowania z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji. Działania zamawiającego na podstawie SIWZ nieodpowiadającej prawu prowadzą do utrudniania i ograniczania uczciwej konkurencji, gdyż zniechęcają wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia do uczestnictwa w takich przetargach, gdzie ich obowiązki, czy uprawnienia zostały podane niezgodnie z przepisami, lub w sposób na tyle niejasny, iż może prowadzić do sporów w trakcie realizacji umowy. Bezzasadne jest stanowisko zamawiającego, że postępowanie przetargowe kończy się z chwilą wyboru oferty. Przepis art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp uprawnia Izbę do orzekania aż do czasu zawarcia umowy, zatem także zamawiający z własnej inicjatywy do czasu zawarcia umowy władny jest korygować swoje czynności, które mogą być przedmiotem zaskarżenia środkami ochrony prawnej.

Nie budzi natomiast zastrzeżeń Izby postanowienie § 19 ust. 6 Wzoru umowy, iż „treść dokumentów stanowiących zabezpieczenie należytego wykonania Umowy zostanie przedłożona do akceptacji Zamawiającego przed zawarciem Umowy.” Każdorazowo bowiem zamawiający jest uprawniony, aby sprawdzać, czy treść dokumentów np. dotyczących wadium, czy zabezpieczenie należytego wykonania umowy spełnia przesłanki ustawowe i należyście zabezpiecza interesy zamawiającego.

Wskutek naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp doszło do naruszenia zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to jest równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji. Izba podzieliła pogląd odwołującego, że zwłaszcza warunki podmiotowe udziału w przetargu odnoszące się do posiadania na

34

moment złożenia ofert biur obsługi klientów we wskazanych lokalizacjach, jak i innych lokalizacjach przyjmowanych do oceny oferty w wyznaczonym kryterium oceny ofert mogą preferować dotychczasowego wykonawcę, który się takich biur już posiada.

Zamawiający przede wszystkim obowiązany jest ustanowić równe warunki przy ubieganiu się o zamówienie, sprowadzające się do tego, żeby wykonawca wybrany mógł zorganizować sieć biur obsługi klienta dopiero przed zawarciem umowy, co zrównałoby szanse na uzyskanie zamówienia z dotychczasowym wykonawcą, który z oczywistych względów takimi biurami obecnie dysponuje. Bezprzedmiotowa była zatem argumentacja zamawiającego, przemawiająca za tym, że konieczne jest w trakcie wykonywania umowy posiadanie odpowiedniej sieci biur, co zapewnia kontakt z interesantami. Nie do tego sprowadzał się zgłaszany przez odwołującego problem, i okoliczność ta nie była kwestionowana odwołaniem, ale do dostępności zamówienia z uwagi na wymóg posiadania owych biur na moment złożenia oferty.

Zamawiający będzie zobowiązany wyeliminować stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp z postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, zachowując spójność całej dokumentacji postępowania, łącznie z załącznikami do SIWZ. Zamawiający winien także uwzględnić, iż przepis art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia wymaga, aby zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji obejmujących wprowadzone modyfikacje SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. Z mocy art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności

zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności. Izba nie jest natomiast władna ustalać prawidłowego brzmienia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykonywać w tym zakresie czynności za zamawiającego. Z tych względów wyrok ogranicza się do wskazania stwierdzonych naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazania ich usunięcia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego z tytułu wpisu. Na

35

podstawie § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia Izba może zasądzić inne uzasadnione koszty strony jedynie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, których odwołujący nie przedstawił.

Przewodniczący:

.....

36

37