

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2011 r. przez
wykonawcę

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Bytom Sp. z o.o. ul. Nowa 74, 41-923 Bytom
w postępowaniu prowadzonym przez
Gminę Bytom ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Bytom ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego Bytom Sp. z o.o. ul. Nowa 74, 41-923 Bytom tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Gminy Bytom ul. Parkowa 2, 41-902 Bytom na rzecz Towarzystwa Budownictwa Społecznego Bytom Sp. z o.o. ul. Nowa 74, 41-923 Bytom kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bytom prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zarządzanie nieruchomościami w 2011 r.” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

8 kwietnia 2011 r. Odwołujący – Towarzystwo Budownictwa Społecznego Bytom Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 12a ust. 2, art. 29 ust. 1, art. 30 ust. 7 i art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach w związku z dokonaną modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu

przygotowanie i złożenie oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności składania i otwarcia ofert,
2. doprecyzowanie obowiązków wykonawcy, a tym samym określenie przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,
3. wyznaczenie terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia zmian w ofertach w związku z dokonaną modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia uwzględniając postanowienia art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że 30 marca 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego została zamieszczona modyfikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która rozszerzała zakres przedmiotu zamówienia wprowadzając do obowiązków wykonawcy koszenie trawy, przycinanie żywopłotów oraz uporządkowywanie lokali tzw. wolnostanów. Stosownie do treści art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia

3

opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten ma zastosowanie zarówno do opisu przedmiotu zamówienia, jak i do jego zmian. Przedmiot zamówienia został rozszerzony o koszenie trawy i przycinanie żywopłotów na ponad 1.500 działkach na terenie Gminy Bytom o powierzchni trawników ponad 300.000 m², przy czym Zamawiający nie określił częstotliwości tych czynności ani warunków, w jakich te czynności mają być wykonywane, czy też przy użyciu jakich narzędzi. Tym samym, żeby móc oszacować koszt tej usługi, wykonawca musiałby dokonać wizji lokalnej, co biorąc pod uwagę tak krótki termin na złożenie oferty, było niemożliwe.

Zamawiający nie określił także, jakie czynności składają się na uporządkowanie wolnostanów ani które to lokale i ile ich jest. Przedmiotem umowy jest zarządzanie dziesiątkami tysięcy lokali, więc potencjalny wykonawca powinien mieć informację, czy uporządkowanie lokali to dotyczy 2 czy 2.000 lokali. Przygotowując ofertę i kalkulując cenę, wykonawcy powinni wiedzieć, jakie czynności będą należały do ich obowiązków. Z zadanego pytania wynika, iż niektórzy wykonawcy posiadają wiedzę o potencjalnej liczbie lokali, a tym samym Zamawiający nie określając liczby lokali naruszył przepis art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie zagwarantował uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, Zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców. Zamawiający dokonał znacznego rozszerzenia przedmiotu umowy 30 marca 2011 r. zmieniając termin składania ofert z 31 marca 2011 r. na 1 kwietnia 2011 r. godz. 8:00. Biorąc pod uwagę, iż wykonawca nie ma obowiązku sprawdzania co parę minut, czy Zamawiający nie zmodyfikował treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czas, w jakim Zamawiający był zobowiązany do odpowiedzi na pytania, minął 24 marca 2011 r., a termin składania ofert był wyznaczony na 31 marca 2011 r. na godz. 8:00, czyli ofertę należałoby złożyć już 30 marca, to Zamawiający nie przesunął terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w treści ofert.

W celu przygotowania oferty i skalkulowania ceny w należyty sposób należałoby dokonać wizji działek celem sprawdzenia, kiedy było ostatnio koszone i czy czynności należy dokonać ciężkim sprzętem, czy ręcznie, co ma wpływ na koszty ponoszone przez wykonawcę, a tym samym na wysokość ceny. Odwołujący nie był w stanie ocenić w tak krótkim czasie, czy jest w stanie własnym sumptem zrealizować także ten zakres przedmiotu zamówienia, czy też konieczne będzie wzięcie udziału w postępowaniu w ramach konsorcjum czy też powierzenie części zamówienia podwykonawcy. Zbyt krótki okres na uwzględnienie w ofercie powyższych wymogów uniemożliwił także zlecenie wyceny tej usługi firmie zewnętrznej. Przedmiotem działalności Odwołującego co do

4

zasady nie jest konserwacja i utrzymanie zieleni, a tym samym nie mógł przygotować wyceny tych czynności w tak krótkim okresie.

Zmiana zakresu zamówienia powinna także spowodować zmianę ogłoszenia. Zgodnie z art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku, gdy zmiana jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu zamówienia, wielkości lub zakresu zamówienia, termin składania ofert nie może być krótszy niż 22 dni od dnia przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Jednocześnie Zamawiający powinien dopisać kody CPV właściwe dla rozszerzonego zakresu przedmiotu zamówienia.

Powyższe uchybienia uniemożliwiają Zamawiającemu zawarcie ważnej umowy.

W świetle dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i znacznego rozszerzenia zakresu przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym stały się nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczne z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym zaistniała konieczność modyfikacji warunków udziału w postępowaniu i dostosowanie ich do aktualnego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, potwierdzając, że 30 marca 2011 r. dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia na skutek pytań wniesionych 25 marca 2011 r. i zmienił termin składania ofert z 31 marca na 1 kwietnia wprowadzając m.in. następujące zmiany w postanowieniach umownych, których treść stanowiła także szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: po określeniu „Do obowiązków Wykonawcy, w zakresie lokali mieszkalnych i użytkowych, należy w szczególności (...) podejmowanie prawem przewidzianych działań w celu odzyskiwania opuszczonych, nieużytkowanych lokali mieszkalnych i użytkowych oraz niezwłoczny odbiór i niezwłoczne przekazywanie zgłoszenia każdego odzyskanego lokalu z jednoczesnym określeniem jego stanu technicznego i zakresu robót budowlanych koniecznych do wykonania, w formie przedmiarów”, dodano „Uporządkowanie niniejszych lokali należy do obowiązków wykonawcy”, a po określeniu: „Do obowiązków Wykonawcy należy opieka nad zielenią i krzewami polegająca na usuwaniu nieczystości i zbędnych liści z trawników”, dodano „koszenie trawy i przycinanie żywopłotów”.

Zdaniem Zamawiającego brak jest podstaw do twierdzenia, iż ww. zapisy nie są wystarczająco jednoznaczne i wyczerpujące oraz że nie uwzględniają wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zarządzanie nieruchomościami obejmuje wiele różnorodnych zadań, których nie sposób opisać z precyzją dotyczącą każdej niezbędnej i koniecznej czynności. Wprowadzając zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający miał na uwadze fakt, iż zarządzanie nieruchomościami jest działalnością zastrzeżoną dla określonej grupy zawodowej, tj. licencjonowanych zarządców

5

i że przekazane dane dotyczące nieruchomości objętych zarządzaniem oraz powierzany zakres pozwolą wykonawcom będącym profesjonalistami w danej dziedzinie na prawidłowe dokonanie wyceny usługi. Przedmiotem zamówienia obejmującego zarządzanie nieruchomościami jest standardowo także usługa utrzymania czystości i porządku, która obejmuje utrzymanie zieleni, zatem doprecyzowanie koniecznych do wykonania czynności – koszenie trawy i przycinanie żywopłotów, nie jest elementem niestandardowym dla zarządcy i mogącym stanowić szczególną trudność w dokonaniu ich wyceny. Tym bardziej, że znane były powierzchnie z uwzględnieniem danych szczegółowych dotyczące ilości metrów przy poszczególnych nieruchomościach, co dawało podstawę do stwierdzenia, jakich środków należy użyć do wykonania usługi.

Ilość tzw. wolnostanów nie jest ilością zależną od działań Zamawiającego lub wykonawcy i brak możliwości wskazania ich liczby. Ilość podana przez wykonawcę w pytaniu może stanowić jedynie przypuszczenie, które wynika prawdopodobnie z jego dotychczasowego doświadczenia w zarządzaniu niniejszym zasobem i została udostępniona innym uczestnikom postępowania, natomiast doprecyzowanie określenia „uporządkowanie” nie było konieczne, Zamawiający uznał bowiem, iż nie wymaga zdefiniowania czynności oczywista, nie budząca wątpliwości interpretacyjnych, bo wynikająca z literalnego brzmienia – uporządkowanie, czyli usunięcie nieporządku, np. przedmiotów pozostawionych w lokalu, a nie stanowiących jego wyposażenia.

Potwierdzeniem możliwości sporządzenia oferty w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego informacje jest fakt wpływu w wyznaczonym terminie dwóch ofert, przy czym jedna z nich została złożona przez podmiot, który nie ujawnił się na tym etapie postępowania

i nie był powiadamiany o wprowadzonych zmianach.

Przepis art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi zobowiązanie do przedłużenia terminu składania ofert, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, nie stanowi o minimalnym okresie, jaki należy uwzględnić przy zmianie terminu składania ofert w takich okolicznościach. Z obowiązującego przepisu wynika, że przesunięcie terminu uwarunkowane jest koniecznością zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na dokonanie zmian w ofertach, ocenę takiej konieczności ustawa pozostawia zamawiającemu. Zdaniem Zamawiającego przesunięcie terminu o jeden dzień było okresem wystarczającym na wprowadzenie zmian w ofertach, co potwierdził fakt wpływu dwóch ofert. Ponadto Odwołujący zarzuca naruszenie art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak modyfikowane zapisy nie znajdowały się w ogłoszeniu, w którym zgodnie z opisem formularza należy umieszczać „krótki opis zamówienia”, zatem zarzut naruszenia art. 12 a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezpodstawny. Podobnie zarzut naruszenia art. 30 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

6

niedokonanie opisu przedmiotu zamówienia z użyciem nazwy i kodu. Zamawiający użył określenia CPV „70330000–3 Usługi zarządzania nieruchomościami na zasadzie bezpośredniej płatności lub umowy” wypełniając tym samym normę ustawową. Brak podstaw do twierdzenia, iż opisując przedmiot zamówienia należy wskazać kody CPV opisujące wszystkie czynności wchodzące w skład danej usługi niezależnie od ich istotności, wartości i rozmiaru.

Podczas rozprawy obie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący stwierdził, iż koszenie trawy i utrzymanie żywopłotów nie jest standardową czynnością zarządcy nieruchomości w dotychczasowej praktyce gminy Bytom, a dołożony przez Zamawiającego zakres prac był znaczący i miał wpływ na wysokość ceny – w dotychczasowych postępowaniach wyceniano go na kilkaset tysięcy złotych w skali roku. Zamawiający nie przewidział też w sposobie obliczenia ceny, w jaki sposób zakres ten ma być wyceniony. Odwołujący zwrócił się do wykonawców zajmujących się tym zakresem prac z prośbą o wycenę, jednak na podstawie informacji udzielonych przez Zamawiającego w specyfikacji wraz z wyjaśnieniami, było to niemożliwe, w szczególności w tak krótkim okresie, co potwierdzają pisma z Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. z 31 marca 2011 r. oraz od pana Jacka Wieczorka (Zakład Usług Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek) z 31 marca 2011 r. Odwołujący przedstawił też wydruki zrobionych przez niego zdjęć dla niektórych z działek, które, według niego, wskazują, iż doprowadzenie ich do stanu, jakiego oczekiwał Zamawiający, będzie kosztochłonne. Poza tym część z tych działek nie należy do gminy, co jego zdaniem wymagałoby udzielenia dodatkowych informacji przez Zamawiającego. Co prawda oferty złożyło dwóch wykonawców, ale jeden z nich obecnie świadczy tę usługę, więc był w lepszej sytuacji, niż pozostali oferenci.

Odnosnie zarzutu dotyczącego warunków udziału w postępowaniu stwierdził, iż jego interes w stawianiu zarzutu polega na tym, że postępowanie powinno być prowadzone zgodnie z przepisami ustawy.

W odniesieniu do wolnostanów stwierdził, iż to Zamawiający musi sprecyzować przedmiot zamówienia, nawet jeśli nie zna on liczby tych lokali w bieżącym roku, w takim wypadku powinien on podać informacje o latach poprzednich lub jakiś szacunek, ewentualnie wskazać, iż należy podać cenę za jeden lokal. Informacja na temat zakresu czynności wchodzących w „uporządkowanie” lokalu znajduje się dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący oświadczył też, że do zakresu działalności TBS Bytom Sp. z o.o. należy również zarządzanie nieruchomościami.

Zamawiający stwierdził, iż od 2000 roku zamawiał utrzymanie terenów zielonych przyległych do budynków w ramach zarządzania tymi budynkami. Wynagrodzenie jest wynagrodzeniem

7

ryczałtowym za poszczególne powierzchnie, a profesjonalny zarządca powinien umieć skalkulować ceny dla tych powierzchni. Jego zdaniem dokonanie wizji lokalnych nie było

potrzebne, bowiem powierzchownie były znane od początku i informacje te można było skalkulować w oparciu o działania arytmetyczne, dlatego uznał, że jeden dzień wystarczy na wprowadzenie zmian w ofercie. Dane dotyczące nieruchomości odnosiły się do stycznia 2011 r., a Zamawiający przewidział w umowie, iż dane te będą aktualizowane miesięcznie, gdyż obrót nieruchomościami gminy odbywa się w sposób ciągły. W odniesieniu do lokali wolnostojących, ich ilość jest różna w poszczególnych latach i podawanie danych mogłoby być mylące dla wykonawców. Poza tym wskazana przez jednego z wykonawców w pytaniu do specyfikacji liczba 500 lokali nie oznacza, iż wszystkie one będą wymagały uporządkowania, może się okazać, iż w ciągu roku będzie to np. 5 lokali. Zamawiający nie postawił warunku dotyczącego potencjału technicznego, zatem niezasadne jest twierdzenie o jego zmianie. Stwierdza też, iż do tej pory w postępowaniach prowadzonych przez gminę występowały dwie spółki, które złożyły oferty, zatem dwie oferty są standardem w tego typu postępowaniach. Zakład Budynków Miejskich Sp. z o.o. jest spółką gminną, natomiast drugi wykonawca, który złożył ofertę, są to niezależne podmioty. Kwestia wolnostanów ze względu na ich niedużą ilość, jest marginalna dla wyceny oferty.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego konieczności zmiany warunku udziału w postępowaniu, w odniesieniu do którego Odwołujący nie sprecyzował ani samego zarzutu, ani nie skazał w sposób wystarczający, na czym polega jego szkoda oraz interes w tym, by Zamawiający sformułował bardziej restrykcyjny warunek udziału w postępowaniu, tym bardziej, że, jak sam przyznał, przedmiotem jego działalności nie jest konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej. Izba stwierdziła również, iż stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy Stronami.

W odniesieniu do zarzutu dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie jego modyfikacji w sposób niedostatecznie wyczerpujący, bez wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty Izba uznała, że zarzut ten jest

8

uzasadniony i, jakkolwiek podawanie dodatkowych kodów CPV było zbędne dla przygotowania oferty, rzeczywiście Zamawiający powinien był zawrzeć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładniejsze dane, zwłaszcza w zakresie porządkowania opuszczanych lokali, tym bardziej, że wyznaczając tak krótki termin składania ofert, nie pozostawił wykonawcom czasu na ewentualne zadanie pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też dokonanie analizy przedmiotu zamówienia w inny sposób, np. poprzez wspomnianą wizję lokalną.

Jednak, zdaniem Izby, najważniejszym zarzutem niniejszego odwołania jest fakt, że Zamawiający na dzień przed upływem terminu składania ofert zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia w zakresie mającym znaczący wpływ na sporządzenie oferty, a wyznaczenie nowego terminu składania ofert naruszało dyspozycję art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wprowadzone przez niego zmiany nie odnosiły się do treści ogłoszenia o zamówieniu. Rzeczywiście, z samej swojej istoty ogłoszenie o zamówieniu nie będzie obejmowało całej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza w zakresie opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umownych. W takim wypadku zastosowanie będzie miał art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w przeciwieństwie do art. 12a ust. 2, nie wyznacza konkretnych minimalnych terminów składania ofert po dokonanej zmianie, nie wskazuje nawet, jak w wielu przepisach kodeksu cywilnego, *expressis verbis*, że termin ten ma być „odpowiedni”, pozostawiając to uznaniu zamawiającego, włącznie ze stwierdzeniem, że jeśli zmiana jest dokonana w wystarczającym odstępie czasu od terminu składania ofert, nie musi on w ogóle tego terminu zmieniać.

Nie oznacza to jednak, że zamawiającemu pozostawiono zupełną swobodę określenia tego terminu. Przepis ten stanowi bowiem, iż jeśli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert – tym samym czas, o jaki zamawiający musi przedłużyć wyznaczony termin, ma umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach, czyli można uznać go za odpowiednik kodeksowego terminu „odpowiedni” dla wprowadzenia zmian.

W niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, że wyznaczony przez Zamawiającego termin nie był „odpowiedni” – czy też, jak stanowi ustawa Prawo zamówień publicznych – nie spełniał wymogu „czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian w ofertach”, a sama sytuacja zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie mającym wpływ na sporządzenie ofert na dzień przed upływem terminu ich składania, z przedłużeniem tego terminu jedynie o jeden dzień, nie powinna była mieć miejsca w postępowaniu o udzielenie

9

zamówienia publicznego, bowiem w wyraźny i bezzasadny sposób utrudnia, jeśli nie uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert (biorąc choćby pod uwagę samą konieczność ich dostarczenia do siedziby Zamawiającego – zwłaszcza przez podmioty mające siedziby poza Bytomiem) i to ofert poprawnych zarówno z punktu widzenia zgodności z wymaganiami Zamawiającego, jak i rzetelnie wycenionych. Wykonawcy bowiem, jako podmioty prowadzące działalność gospodarczą, muszą w taki sposób kalkulować ceny swoich usług, aby z jednej strony być w stanie należycie wykonywać umowę i nie ponieść straty, a z drugiej – by były one korzystniejsze od cen konkurentów.

Sam podnoszony przez Zamawiającego fakt, że cena jest ceną ryczałtową, nie zmienia faktu, że wykonawca musi dokonać oszacowania kosztu usługi, w przypadku ryczału być może nawet z większą starannością niż przy wynagrodzeniu kosztorysowym, gdyż ponosi tym większe ryzyko utrzymania stałej ceny niezależnie od zakresu koniecznych prac. To również do wykonawcy należy decyzja, czy wystarczy mu, według słów Zamawiającego, „arytmetyczne” obliczenie ceny, czy też przed dokonaniem wyceny chce dokonać wizji lokalnej miejsc, które usługa będzie obejmowała, a Zamawiający poprzez nierealistyczny termin składania ofert nie może mu tego uniemożliwiać. Zresztą nawet gdyby wykonawca nie potrzebował dokonywać owej wizji, to również określenie cen jednostkowych do takiej „arytmetycznej” kalkulacji wymaga pewnej analizy kosztów, jak choćby konsultacji czy negocjacji z potencjalnymi podwykonawcami czy konsorcjantami. Należy również zwrócić uwagę, że skoro sam Zamawiający potrzebował kilku dni na udzielenie odpowiedzi dotyczących zakresu zamówienia, tym bardziej niestosowne było wyznaczenie wykonawcom tylko jednego dnia na dostosowanie ofert do tych odpowiedzi.

W sytuacji, która miała miejsce w niniejszym postępowaniu, nie można nie przyznać racji Odwołującemu, że z powodu działania Zamawiającego wykonawca, który dotychczas świadczył przedmiotową usługę (spółka gminna), był w wyjątkowo uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do innych wykonawców, znacznie wykraczającej poza naturalnie lepszą sytuację podmiotu już realizującego dane zamówienie, a „nowym” wykonawcom nadmiernie utrudniono ubieganie się o uzyskanie zamówienia.

Należy też podkreślić, że zarówno w dyrektywach, jak i ustawie Prawo zamówień publicznych wyraźnie zagwarantowano wykonawcom odpowiedni termin na przygotowanie ofert – świadczy o tym zarówno przywołany przez Odwołującego art. 12a ust. 2, jak i art. 43 ustawy Prawo zamówień publicznych – jako jedno z najważniejszych narzędzi rozwijania konkurencyjności i ochrony praw wykonawców.

Tym samym, zdaniem Izby, w niniejszym postępowaniu zaistniała sytuacja, w której Zamawiający rażąco naruszył zasady rzetelnego udzielania zamówień i przejrzystości postępowania, czy też, według nomenklatury ustawy Prawo zamówień publicznych, zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uniemożliwiając

10

złożenie oferty co najmniej jednemu zainteresowanemu wykonawcy (w niniejszym postępowaniu to znaczący odsetek ofert).

Zdaniem Izby w niniejszym postępowaniu zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym

postępowanie podlega unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wskazana wada postępowania jest niemożliwa do usunięcia – nie można powtórzyć składania ofert, natomiast biorąc pod uwagę art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, to możliwe przesłanki unieważnienia umowy są bardzo szerokie i niedookreślone. Tym samym Izba na obecnym etapie postępowania musi ocenić możliwość potencjalnego unieważnienia umowy przez sąd, a w niniejszym przypadku, zdaniem Izby, może to nastąpić z dużą dozą

gdyż, jak Izba już prawdopodobieństwa, wskazała powyżej, takie zachowanie Zamawiającego, na gruncie wzorcowych procedur udzielania zamówień publicznych, było niedopuszczalne.

Dodatkowo, przywołana podstawa unieważnienia umowy jest zbieżna ze wskazaną w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przesłanką uwzględnienia odwołania wykonawcy, a Izba jednoznacznie uznała, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia zaistniały okoliczności mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając i nakazując Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

11

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

12