

Sygn. akt: KIO/UZP 1460/08

WYROK
z dnia 31 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Anna Majstrowicz
Jolanta Markowska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 30 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta Poznania, 60-770 Poznań, ul. Matejki 57** protestu ~~/protestów*~~ z dnia 28 listopada 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A., 61-884 Poznań, ul. Rybaki 18a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta Poznania prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Zarządzanie zasobem komunalnym Miasta Poznania o łącznej powierzchni 1.444.135,95 m², zgodnie z jego przeznaczeniem, wykonywanie czynności zmierzających do utrzymania zasobu komunalnego w stanie nie pogorszonym, w stanie zapewniającym bezpieczeństwo ludzi i mienia”.

W dniu 21.11.2008r. zamawiający dokonał oceny wniosków, które wpłynęły w postępowaniu. W wyniku powyższego wykluczył konsorcjum – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. z Bytomia i Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej z Kielc – zwanego dalej Konsorcjum ZGM.

W dniu 28.11.2008r. protest dotyczący czynności oceny wniosków złożył wykonawca Feroma sp. z o.o. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 51 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A. – zwanego dalej wykonawcą MPGM i zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum ZGM. Wniósł o powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie z postępowania wykonawcy MPGM oraz wykluczenie konsorcjum ZGM.

W argumentacji wskazał na wymaganie zamawiającego w zakresie doświadczenia wykonawców - świadczenia usług zarządzania nieruchomościami zabudowanymi, których łączna powierzchnia użytkowa w budynkach/budowlach była nie mniejsza niż 370.000 m² (w tym 300.000 m² o powierzchni mieszkalnej i 70.000 m² o powierzchni użytkowej), przez okres co najmniej 9 kolejnych miesięcy. Referencje złożone przez wykonawcę MPGM poświadczały wykonywanie w okresie od 1.01.2002r. do 31.07.2005r. usług administrowania komunalnym zasobem lokalowym. Administrowanie stanowiło tylko jedną z czynności składających się na zarządzanie nieruchomością – pozostałe czynności zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 21.08.1997r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2004r., nr 261, poz. 2603 z późn. zm.) to zapewnianie właściwej gospodarki ekonomiczno – finansowej nieruchomości, zapewnienie bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości, zapewnienie właściwej gospodarki energetycznej w rozumieniu przepisów Prawa energetycznego, utrzymanie nieruchomości w stanie nie pogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem oraz uzasadnione inwestowanie w nieruchomość. Tym samym przedmiotowe referencje nie potwierdzają wymaganego doświadczenia.

Odnosnie referencji z dnia 14.08.2008r. – wskazano, że znajduje się w nich treść wskazująca na potwierdzenie należytej realizacji przez MPGM usługi w zakresie czynności administracyjnych, eksploatacyjnych, remontowych i konserwacyjnych i księgowych co również nie odpowiada pojęciu „zarządzania nieruchomościami”.

Dodano, że obydwie referencje pomijały czynności windykacji, które stanowią niezbędny element zarządzania nieruchomościami. Obydwie referencje były ponadto wewnątrznie sprzeczne, gdyż podawały różne powierzchnie administrowanych nieruchomości zabudowanych zarówno w zakresie powierzchni mieszkalnej i użytkowej, pomimo, że w danym okresie nie nastąpiło jakiegokolwiek przejęcie zasobu lokalowego Miasta Poznania. Referencje te powinny zostać wystawione przez wspólnoty mieszkaniowe, gdyż zostały wystawione na powierzchnie wspólnot mieszkaniowych.

Protestujący wskazał następnie, że wykonawca MPGM nie wykonywał czynności administrowania na rzecz wspólnot w sposób należyty, pomimo, że stanowią o tym dokumenty referencji. Protestujący wskazał na niewykonywanie przeglądów przewidzianych prawem w budynkach przy ul. Głogowskiej 48/50, Pogodnej 55, Giżyckiej 6, Arciszewskiego 31-33, Chociszewskiego 34,34b i Świetlanej 17 w Poznaniu. Niewłaściwe wykonywanie przez MPGM przeglądów budowlanych odbywało się w budynkach przy ul. Piątkowskiej 181, Dąbrowskiego 84 i Szamarzewskiego 21. Nie prowadzenie lub nie przekazywanie księzek obiektu budowlanego następowało w odniesieniu do budynków przy ul. Zawady 7/9, Słowiańskiej/Mieszka I, Grottgera 33A, Junackiej 7, Pogodnej 55, Głogowskiej 48-50. Protestujący wskazał, że wiedzę na ten temat uzyskał z dokumentacji technicznej

przekazanej od poprzedniego zarządcy i protokołów przekazania sporządzonych na tę okoliczność.

Protestujący wskazał również na wady w referencjach złożonych przez konsorcjum ZGM. Po pierwsze – referencje z 3.01.2006r. wystawione były przez Bytomską Spółkę Restrukturyzacji Kopalń sp. z o.o. a zgodnie z wiedzą protestującego na dzień wystawienia dokumentu Bytomska Spółka Restrukturyzacji Kopalń była jednym z udziałowców Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. co w ocenie protestującego wpływało na wiarygodność wystawionych referencji. Wadliwość tych referencji polega również na tym, że powinny być wydane także przez właściwe wspólnoty mieszkaniowe, a ponadto z ich treści nie wynikało w jakim stosunku podane 312.000 m² stanowiło powierzchnię mieszkalną i użytkową.

Referencje z 25.04.2008r. dotyczyły czynności administrowania a nie czynności zarządzania budynkami będącymi w zarządzenie Miejskiego Zarządu Budynków Mieszkalnych z siedzibą w Kaliszu.

W dniu 4.12.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu złożył wykonawca MPGM. Wniesiono o oddalenie protestu jako bezzasadnego.

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w dniu 8.12.2008r. oddalając go w całości. W argumentacji powtórzył swoje wymagania wynikające z treści ogłoszenia i wskazał, że dokumenty przedłożone we wniosku wykonawcy MPGM spełniały jego wymagania. Zamawiający nie brał pod uwagę referencji wykonawcy MPGM potwierdzających wykonywanie administrowania w okresie 1.01.2002r. – 31.07.2005r., gdyż nie obejmowały ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Referencje z dnia 14.08.2008r. potwierdzają, że wykonawca MPGM zarządzało i nadal zarządza nieruchomościami zabudowanymi, których łączna powierzchnia użytkowa w budynkach/budowlach była nie mniejsza niż 370 000 m² – w tym 300 000 m² powierzchni mieszkalnej i 70 000 m² powierzchni użytkowej. Wymienienie w dokumencie czynności administracyjnych, eksploatacyjnych, remontowych, konserwacyjnych i księgowych obejmowało katalog zawarty w definicji zarządzania nieruchomościami z art. 185 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Referencje te zostały wystawione za wykonywanie usług zarządzania w budynkach komunalnych oraz zarządzania lokalami komunalnymi w budynkach wspólnot mieszkaniowych. Nie jest więc tak, że tylko wspólnoty mieszkaniowe

mogłyby potwierdzać wykonywanie usług. Do wniosku zostały dołączone odrębne dokumenty wystawione przez zarządy wspólnot mieszkaniowych, potwierdzające należyte wykonywanie usług zarządzania.

Odnosnie wniosku konsorcjum ZGM – zamawiający wskazał, że zwrócił się do tego wykonawcy o uzupełnienie dokumentów oraz o dokument poświadczający, że wykonawca nadal świadczy usługi na rzecz Bytomskiej Spółki Restrukturyzacji Kopalń sp. z o.o. W wyniku powyższego otrzymał umowę, której przedmiotem było zarządzanie lokalami mieszkalnymi w budynkach, których właścicielem była Bytomska Spółka Restrukturyzacji Kopalń sp. z o.o., administrowanie lokalami mieszkalnymi we wspólnotach mieszkaniowych oraz zarządzanie pozostałymi składnikami mienia spółki. Dokument referencji z 3.01.2006r. nie został wydany za zarządy lub członków wspólnot mieszkaniowych wymienionych w dokumencie, ale dotyczył lokali mieszkalnych spółki w budynkach wspólnot mieszkaniowych. Stosunek powierzchni mieszkalnej i użytkowej został określony w dokumencie wykazu usług i podzielony na 272.845,38 m² powierzchni mieszkalnej i 39.154,62 powierzchni użytkowej. Wykaz został podpisany przez osoby umocowane do podpisania wniosku.

Na koniec zamawiający zwrócił uwagę, że konsorcjum ZGM zostało wykluczone z powodu nie spełnienia innego warunku niż wskazanego przez protestującego.

W dniu 15.12.2008r. wykonawca Feroma sp. z o.o. złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. . Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 51 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy MPGM i nakazanie wykluczenia z postępowania konsorcjum ZGM. Odwołujący powtórzył i podtrzymał wszelkie zarzuty i twierdzenia wynikające z protestu. Zdaniem odwołującego – zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się do niektórych kwestii podnoszonych w proteście. Do argumentacji wynikającej z protestu odwołujący dodał, że jako obecny zarządca zasobu lokalowego miasta Poznania – posiada wiedzę, że zamawiający wymaga w ramach usług zarządzania także czynności w zakresie sprzedaży mieszkań, windykacji i inwentaryzacji zasobów a wykonywania tych czynności nie potwierdzały referencje MPGM.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się do argumentu dotyczącego nie wskazania w referencjach konsorcjum ZGM stosunku powierzchni mieszkaniowej i użytkowej ale wskazał jedynie na podpisanie wykazu usług przez osoby uprawnione. W ocenie odwołującego, przyjęcie, że wykonawca sam może doprecyzowywać treść referencji jest niedopuszczalne na gruncie przepisów Pzp.

Wskazano na koniec, że zamawiający w rozstrzygnięciu protestu nie ustosunkował się do zarzutu, że zgodnie z dokumentem referencji z 25.04.2008r. wystawionym przez Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych w Kaliszu – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej sp. z o.o. wykonywał czynności administrowania a nie czynności zarządzania budynkami.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i treść wniosku przystępującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający stwierdził w niniejszej sprawie, że istotne znaczenie w świetle żądań odwołującego ma ocena dokumentów potwierdzających należyte wykonywanie usług złożonych przez wykonawcę MPGM wraz z wnioskiem o dopuszczenie do postępowania. Ocena tych dokumentów powinna być dokonana w świetle wymagań określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o postępowaniu.

Skład orzekający przeprowadził analizę treści ogłoszenia o postępowaniu. Z cz. III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu wynikało, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie trzech lat przed wszczęciem w życie przedmiotowego postępowania (tj. przed 23.07.2008r.) świadczyli usługi zarządzania nieruchomościami zabudowanymi, których łączna powierzchnia użytkowa w budynkach/budowlach była nie mniejsza niż 370 000 m² (w tym 300 000 m² o powierzchni mieszkalnej i 70 000 m² o powierzchni użytkowej), przez kolejnych 9 miesięcy.

Z treści wniosku wykonawcy MPGM – str. 136, wynikało, że wykonał on m.in. usługi na rzecz Miasta Poznania, gdzie jako powierzchnię zarządzaną wskazano 930 610,66 m² powierzchni mieszkalnej i 117 444,51 m² powierzchni użytkowej. Jednocześnie wykonawca ten wskazał na wykonanie usług zarządzania nieruchomościami dla 384 wspólnot mieszkaniowych. Każda ze wskazanych 384 wspólnot charakteryzowała się określoną wielkością powierzchni mieszkalnej – od kilkuset do kilku tysięcy m². Część z tych wspólnot wykazywała również powierzchnie użytkowe – od kilkudziesięciu do ponad 1 tys. m².

Wykonawca MPGM złożył dwa dokumenty referencji związane z wykonywaniem usług dla Miasta Poznania – wynikało z nich bezpośrednio, że „Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu przy ul. Rybaki 18a zarządzało i zarządza zasobem komunalnym miasta Poznania. W punkcie 1 wskazano – od 1.08.2005r. do 31.05.2006r. – nieruchomości zabudowane o łącznej powierzchni 414 186,18 m² – w tym powierzchni mieszkalnej 296 741,67 m² a powierzchni użytkowej 117 444,51 m²

W wyniku powyższego skład orzekający stwierdził, że do spełnienia wymaganego warunku punkt nr 1 z powyższej referencji nie był wystarczający, gdyż brakowało 3258,33 m² powierzchni mieszkalnej. Wielkości znacznie przewyższające wymaganą wskazano jednak w następnych punktach tej referencji – były to wielkości 633 898,99m² powierzchni mieszkalnej w pkt 2 czy 7590,04 m² powierzchni mieszkalnej w pkt 4 przedmiotowej referencji. Na końcu powyższej referencji znalazło się stwierdzenie „potwierdzam, w oparciu o postanowienia zawartych umów o zarządzanie, należyłą realizację przez spółkę MPGM S.A. usługi w zakresie czynności administracyjnych, eksploatacyjnych, remontowych, konserwacyjnych i księgowych”. W ocenie składu orzekającego – stwierdzenie to nie było sprzeczne z określeniem z początku przedmiotowego dokumentu „zarządzało i zarządza zasobem komunalnym Miasta Poznania”. W ocenie składu orzekającego było to stwierdzeniem, jakie czynności były wykonywane w ramach zarządzania, natomiast nie było dowodem, że inne czynności, należące do zakresu zarządzania nieruchomościami - wykonywane nie były. Dokument ten powinien być analizowany w całości, a nie poprzez poszczególne jego zapisy. Dodatkowe argumenty, że określenie „usługi w zakresie czynności administracyjnych, eksploatacyjnych, remontowych, konserwacyjnych i księgowych” może oznaczać usługi zarządzania nieruchomościami zawarte są w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 17.07.2007r. – sygn. III CZP 69/07 – zdaniem Sądu skrajne stanowisko, że każde odjęcie praw i obowiązków z katalogu „wszelkich decyzji i czynności” powodowałoby odejście od wzorca umowy o zarządzanie nieruchomością - powinno zostać odrzucone, jako nie uwzględniające potrzeb praktyki.

Odwołujący – aby udowodnić obiektywną nieprawdziwość stwierdzenia znajdującego się na str. 1 dokumentu referencji z 14.08.2008r. – „zarządzało i zarządza zasobem komunalnym Miasta Poznania” powinien był przedstawić wiarygodne dowody, z których wynikałoby, że wykonawca MPGM nie wykonywał tych czynności w podanym zakresie.

Odwołujący przedstawił kserokopię dokumentu pt. „Porozumienie zawarte w dniu 29 maja 2002r.”. Kserokopia ta nosiła znamiona wielokrotnego kopiowania, była przekreślona przez pas toneru lub atramentu a niektóre zapisy na niej były niewidoczne – np. oznaczenie jednej z osób podpisujących ww. dokument. Ponadto nie została poświadczona za zgodność z oryginałem, tzn. żadna osoba nie stwierdziła, że widziała oryginał i że kserokopia powyższa była z nim zgodna. Tym samym – wątpliwe jest używanie jej jako dokumentu mogącego podważyć wiarygodność oryginalnych referencji wystawionych przez zastępcę Prezydenta Miasta Poznania. Nawet jednak, gdyby domniemać jej prawdziwość, to z jej treści wynika wyraźnie, że jest częścią większej całości a dotyczy ona wyłącznie zasad wynagradzania poszczególne czynności, natomiast nie stanowi jedyne dokumentu określającego zakres czynności zarządcy/administratora nieruchomości. Tym samym skład

orzekający uznał powyższą kserokopię za nieprzydatną do stwierdzenia okoliczności wskazywanych we wniosku dowodowym przez odwołującego.

Skład orzekający stwierdził, że dokument referencji wystawiony w dniu 9.08.2005r. potwierdzał wykonywanie usługi administrowania komunalnym zasobem lokalowym w okresie od 01.01.2002r. do 31.07.2005r. – nie mieszczącym się w zakresie wymaganym przez zamawiającego w ogłoszeniu. Tym samym należało stwierdzić, że zamawiający słusznie wskazał, że nie brał go pod uwagę przy ocenie spełniania warunków przez wykonawcę MPGM.

Wobec cofnięcia na rozprawie zarzutów, odnośnie dodatkowych przyczyn wykluczenia konsorcjum ZGM – skład orzekający nie dokonywał analizy dokumentacji w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*