

Sygn. akt: **KIO/UZP538/08**

**KIO/UZP 543/08**

**WYROK**  
**z dnia 17.06.2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Ewa Marcjoniak**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17.06.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **11.06.2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Zarządzanie Nieruchomościami „TURHAND – RET” Sp. z o.o., 45-752 Opole, ul. Dworska 2B**

**B. FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Opole Urząd Miasta Opole, 45-015 Opole, Ratusz-Rynek** protestów:

**A. Zarządzanie Nieruchomościami „TURHAND – RET” Sp. z o.o., 45-752 Opole, ul. Dworska 2B** z dnia **19.06.2008 r.**

**B. FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** z dnia **19.06.2008 r.**

przy udziale **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

**1. Uwzględnia odwołania i unieważnia postępowanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Opole Urząd Miasta Opole, 45-015 Opole, Ratusz-Rynek**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy)  
z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zarządzenie Nieruchomościami „TURHAND – RET” Sp. z o.o., 45-752 Opole, ul. Dworska 2B**
  - B** koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy)  
z kwoty wpisu uiszczonego przez **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39**
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty 6978 zł 93 gr (słownie: sześć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze)  
stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
  - A** kwoty 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) przez **Gminę Opole Urząd Miasta Opole, 45-015 Opole, Ratusz-Rynek** na rzecz **Zarządzenie Nieruchomościami „TURHAND – RET” Sp. z o.o., 45-752 Opole, ul. Dworska 2B**  
stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym.
  - B** kwoty 4946 zł 93 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset czterdzieści sześć złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze) przez **Gminę Opole Urząd Miasta Opole, 45-015 Opole, Ratusz-Rynek** na rzecz **FEROMA Sp. z o.o., 45-061 Opole, ul. Katowicka 39** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym oraz zastępstwa prawnego.

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
  - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zarządzanie Nieruchomościami „TURHAND – RET” Sp. z o.o., 45-752 Opole, ul. Dworska 2B**
  - B** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) 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 Gmina Opole zamierza udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie I, Zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie II i Zarządzanie zasobem komunalnym w rejonie III (zamówienie podzielone na trzy części).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DzUUE dniu 6.05.2008 roku pod numerem 2008/S 87-118905.

Wobec jego treści z zachowaniem terminu ustawowego protesty w dniu 19.05.2008 roku wnieśli:

1. Turhand-ret Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (TURHAND);
2. Feroma Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (FEROMA)

TURHAND zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnego z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) opisu przedmiotu zamówienia, wadliwe sformułowanie warunków wymaganych od wykonawców przez wprowadzenie zakazu powierzania części zamówienia podwykonawcom oraz zaniechania żądania od wykonawców dokumentów niezbędnych do potwierdzenia ich

niezbędnej wiedzy, doświadczenia i posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia (licencje, uprawnienia). TURHAND podniósł również, że postanowienia projektu wzoru umowy, której zawarcia wymaga Zamawiający od wykonawcy obarczone są sprzecznościami, wadami oraz nakładają na wykonawcę liczne obowiązki nie objęte przedmiotem zamówienia i znacznie wykraczające poza jego zakres, a które rodzą skutki finansowe dla wykonawcy. Wskazując na naruszenia art.7 ust. 1 i 2, art. 22 ust. 2, art. 26 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ust. 7 TURHAND wniósł o opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 Pzp, wprowadzenie możliwości powierzenia świadczenie usług prawniczych, porządkowych, robót ogólnobudowlanych podwykonawcom, sprecyzowanie warunków ubiegania się o zamówienie zgodnie z art. 22 Pzp, żądanie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 i art. 26 Pzp i dopisanie kodu CPV dotyczącego usług prawniczych a w przypadku, gdy dokonanie żądanych modyfikacji stanowiło naruszenie art. 38 ust. 5 Pzp wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

FEROMA podniosła, że Zamawiający dokonał niezgodnego z Pzp opisu przedmiotu zamówienia oraz sformułował warunki udziału w postępowaniu w sposób, który uniemożliwia prawidłowe sporządzenie oferty. Wskazując na naruszenie art. 22 ust. 2, art. 29 ust. 1 - 3, art. 30 ust. 1 oraz art. 39 Pzp oraz na naruszenie art. 45 ust. 1 pkt 1 ustawy o finansach publicznych FEROMA wniosła o: wprowadzenie modyfikacji zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zawartych w rozdziale II pkt 2.1 przez opisanie zakresu usług księgowych oraz opisanie przedmiotu zamówienia jakim ma być dostarczony przez zamawiającego system informatyczny wraz z podaniem ilości wystarczających modułów, modyfikację pkt-u 14 Katalogu Zadań Zarządcy (rozdział VII) przez pozostawienie swobody wyboru banku przyszłemu zarządcy oraz pkt-u 17 Katalogu Zadań Zarządcy przez zmianę na zgodny z ustawą o finansach publicznych i rachunkowości, modyfikację rozdziału IV pkt 1 Katalogu Zadań Zarządcy przez podanie zakresu i treści pełnomocnictw, modyfikację § 7 pkt 3 umowy, pkt 2 – 11 Rozdziału XI Katalogu Zadań Zarządcy a jeśli dokonanie zmiany stanowiłoby naruszenie art. 38 ust. 5 Pzp FEROMA wniosła o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wskutek poinformowania przez Zamawiającego o wniesieniu protestów z zachowaniem warunków wskazanych w art. 181 ust. 4 i 5 Pzp FEROMA przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku protestu wniesionego przez TURHAND informując, że całości podziela jego żądania i zarzuty.

Zamawiający pismami z dnia 29.05.2008 roku (wpływ do Protestujących 30.05.2008 roku) oddalił protesty. Odnosząc się do zarzutów protestu wywiódł, że dostęp do informacji o postępowaniu jest równy dla wszystkich wykonawców a Protestujący nie wykazał, na czym miałyby polegać uszczerbek w jego interesie prawnym. Wskazał również, że żądanie unieważnienia postępowania nie mieści się w interesie prawnym, gdyż ten nie może dotyczyć przyszłego postępowania oraz, że w odniesieniu do znacznej części podnoszonych zarzutów Odwołujący się winien skorzystać z trybu przewidzianego w art. 38 ust. 2 Pzp. Zamawiający zadeklarował, że po skorzystaniu ze wskazanego trybu udzieli wykonawcom stosownych odpowiedzi. Zamawiający stwierdził, że nie dopuścił się naruszeń przepisów wskazanych w treści protestów a siwz oraz postanowienia wzoru umowy zostały przez niego zredagowana zgodnie z przepisami Pzp oraz rozporządzenia i prawidłowo opisują przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowaniu i dokumenty żądane przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania tych warunków.

Z rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się TURHAND i 3.06.2008 wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu. W treści odwołania ponowione zostały zarzuty i żądania protestu. W uzasadnieniu Odwołujący się wskazał, że potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp wyłącznie na podstawie oświadczenia oraz warunku wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 1, 2 przez złożenie wykazu wykonanych usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia i założenie, że osoby posiadające licencję, zostaną wskazane przy podpisywaniu umowy jest nieprawidłowe. Usługa zarządzania jest zastrzeżona wyłącznie na rzecz licencjonowanych pośredników, zatem Zamawiający powinien ustanowić taki warunek udziału w postępowaniu i go zweryfikować na podstawie licencji, będących dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. Wskazał przy tym wyrok KIO z dnia 11.02.2008 roku sygn. Akt KIO/UZP/56/08, który takie uchybienia uznał za wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący się wskazał na § 15 pkt 4 wzoru umowy, gdzie Zamawiający wbrew stanowisku zawartemu w rozstrzygnięciu protestu ustalił, że wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za należyte wykonanie obowiązków w zakresie rachunkowości. Zamawiający nie sprecyzował, jakie czynności mają być wykonywane, co uniemożliwia ich prawidłowe oszacowanie i skutkować może brakiem porównywalności złożonych ofert. Odwołujący się podał ponadto, że Zamawiający formułując warunek dotyczący doświadczenia powinien wskazać wartość usług, które uzna za odpowiadające usługom będącym przedmiotem zamówienia. Odwołujący się podniósł ponadto, następujące braki w opisie przedmiotu zamówienia skutkujące brakiem precyzji i uniemożliwiające dokonanie ustalenia ceny oferty:

- brak wskazania kodu CPV i zakresu obsługi prawnej;
- brak informacji jaki system informatyczny posiada Zamawiający i ile minimalnie licencji udostępni;
- brak w katalogu zadań zarządcy zakresu rzeczowego wskazanych czynności;
- ilości wspólnot ani zakres reprezentacji, która ma być realizowana na podstawie odrębnego pełnomocnictwa;
- brak zasad rozliczania zużytych mediów;

Odwołujący się podniósł ponadto, że księgowość i ewidencje pozabilansową prowadzi zarządca lub zarząd wspólnoty, zaś obowiązek wyegzekwowania od zarządców nieruchomości wspólnej rozliczeń zaliczek i mediów, ewidencji udzielonych kredytów i ich spłat a także sprawdzenie prawidłowości działania wodomierzy nie mieści się w zadaniach zarządcy. Wskazał przy tym, że zarządca nie jest stroną umowy o zarządzanie nieruchomościami wspólnymi

Ponadto Odwołujący się ponownie podnosił, wady i sprzeczności wzoru umowy. W konkluzji wskazał, że nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia i wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia zakazu powierzania części zamówienia podwykonawcom uniemożliwia określenie ceny za realizację zamówienia, co narusza art. 29 ust. 1 Pzp,. Odwołujący się wywiódł również, że skoro cena oferty ma być skalkulowana wyłącznie na podstawie katalogu zadań zarządcy, to nałożenie dodatkowych obowiązków powoduje uzyskanie przez zamawiającego nieuzasadnionych korzyści.

Jako uszczerbek w swoim interesie prawnym Odwołujący się wskazał możliwość pozbawienia go uzyskania zamówienia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 4.06.2008 roku za pośrednictwem operatora publicznego FEROMA wnosila i wywodziła, jak w proteście. W szczególności FEROMA wywodziła, że księgi rachunkowe powinny być prowadzone wyłącznie przez pracowników w siedzibie jednostki sektora finansów publicznych, zaś usługi księgowość są niesprecyzowane, co do zakresu. Żądanie otworzenia rachunku w we wskazanym banku narusza wymagania zachowania zasad uczciwej konkurencji, gdyż wskazuje konkretnego wykonawcę. Jako rażąca próbę obejścia przepisów Pzp. FEROMA wskazywała zapis dotyczący refundacji wydatków, gdyż rozdział XI katalogu wymienia czynności, które nie polegają na nadzorze a generujące koszty, które powinny obciążać Zamawiającego. FEROMA podniosła, że Zamawiający nie zdefiniował parametrów systemu informatycznego oraz zakresu czynności usług księgowych, i nie podał zakresu i treści pełnomocnictw. Opis przedmiotu zamówienia powinien zawierać informacji o systemie informatycznym oraz wymagania dotyczących

elektronicznej bazy danych. Odwołujący się wniósł o zmianę pkt 2 rozdz. II Katalogu Zadań Zarządcy jako pozbawiającego go możliwości wykonania zamówienia.

Reasumując FEROMA wskazywała, że siwz powinna być sformułowana tak, by była interpretowana przez uczestników postępowania w jednakowy sposób.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym, Ogłoszenia o zamówieniu, siwz, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.02.2008 (sygn. akt KIO/UZP 56/08, KIO/UZP/64/08) oraz wysłuchała stanowisk stron i pełnomocników na rozprawie. Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 pkt 7 Pzp. Nietrafnie wywodzi Zamawiający, że żądanie unieważnienia postępowania stoi w sprzeczności z interesem prawnym, który wyraża się jedynie w możliwości przygotowania i złożenia oferty a przez to potencjalnej możliwości uzyskania zamówienia wyłącznie w danym postępowaniu. W ocenie Izby interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa a zawarta umowa nie dotknięta była sankcją nieważności *ex tunc* z powodu wady postępowania. Jak słusznie podniósł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19.12.2007 roku (sygn. akt V ca 2506/07) „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”. Pogląd powyższy jest zdaniem Izby szczególnie aktualny w odniesieniu do wnoszenia środków ochrony prawnej na treść dokumentacji postępowania.

Postępowanie obarczone jest wadami uniemożliwiającymi zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego i podlega unieważnieniu stosownie do dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający uprawnienia do wykonywania działalności oraz dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2004 roku, Nr 261, poz. 2603) zarządzanie nieruchomościami jest działalnością zawodową wykonywaną przez zarządców nieruchomości. W art. 184 ust. 4 przywołanej ustawy ustawodawca sprecyzował, że zarządcy prowadzą działalność zawodową na podstawie licencji zawodowej oraz wpisu do centralnego rejestru zarządców.

Przedmiotem postępowania jest usługa zarządzania. Jak wskazano wyżej wykonywać ją mogą jedynie osoby posiadające odpowiednie uprawnienia. Posiadanie licencji zarządcy nieruchomości może być traktowane jako uprawnienie wykonawcy stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp (jeśli jest to osoba fizyczna lub wspólnik spółki cywilnej) lub uprawnienie osób będących w dyspozycji wykonawcy zdolnych do wykonania zamówienia w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 *in fine* Pzp. Zamawiający nie ustalił jednak takiego warunku w postępowaniu, choć był zobowiązany to uczynić. Ponadto w siwz nie żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie takich uprawnień albo dysponowania osobami, które te uprawnienia posiadają.

Z obowiązku wymagania uprawnień zawodowych, niezbędnych w myśl obowiązujących przepisów prawa do realizacji usług będących przedmiotem zamówienia, a następnie dokonywania ich weryfikacji Zamawiający nie może się zwolnić, gdyż zasadą jest, że wykonawcy powinni spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz złożyć potwierdzające to dokumenty na dzień składania ofert. Jedyne wyjątek od tej reguły wprowadza art. 26 ust. 3 Pzp, umożliwiając złożenie lub uzupełnienie dokumentów. Przepis ten ma na celu zapobieganie eliminacji wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i może być stosowany jedynie w sytuacji postawienia tych warunków i odpowiedniego określenia potwierdzających to dokumentów.

Za spełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu nie może być uznany przewidziany przez Zamawiającego w § 4 pkt 4 wzoru umowy obowiązek wykonania zamówienia przez licencjonowanych zarządców w liczbie określonej przez przyszłego wykonawcę. Jest to bowiem oświadczenie wykonawcy nie zaś postawiony i mogący zostać zweryfikowany warunek udziału w postępowaniu.

Z powodu możliwości wykonania usługi zarządzania wyłącznie przez licencjonowanych zarządców stosowne licencje są dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy. Okoliczności te zostały wskazane w wyroku KIO z dnia 11.02.2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 56/08 i KIO/UZP/64/08), który nie został przez Zamawiającego wykonany przy formułowaniu dokumentów badanego postępowania. Argumentacja Zamawiającego, że wobec użycia w § 1 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605) czasu przyszłego, jest zwolniony z obowiązku żądania złożenia licencji wraz z ofertą, jest sprzeczna z nadrzędną normą art. 22 ust. 1 Pzp. Ponadto dokumenty wskazane przez Zamawiającego w pkt 4 siwz mimo, iż są zgodne z rozporządzeniem nie zastępują niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dokumentów potwierdzających uprawnienia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.



Art. 22 ust. 1 Pzp wskazuje warunki, które mają spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Jest to generalna norma, która z uwagi na jej blankietowy charakter powinna zostać skonkretyzowana w sposób umożliwiający Zamawiającemu dokonanie wyboru wykonawcy zdolnego do należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie jest zobowiązany nawet w postępowaniu o wartościach przekraczających kwoty o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp wskazywać swoich wymagań w odniesieniu do każdej z przesłanek wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp oraz tym samym żądać dokumentów w odniesieniu do każdej z nich, tym niemniej wykonawcy powinni spełniać wszystkie postawione we wskazanym przepisie warunki. Weryfikacja warunków udziału w postępowaniu odbywa się albo na podstawie dokumentów żądanych zgodnie z przepisami rozporządzenia albo na podstawie oświadczenia wykonawcy zawierającego w swej treści normę z art. 22 ust. 1 Pzp w przypadku, gdy warunek nie został skonkretyzowany a dokumenty nie były żądane. Należy odróżnić warunki i obowiązki ich konkretyzacji od sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie zażądał złożenia oświadczenia zgodnego z art. 22 ust. 1 Pzp. W pkt 3 siwz Zamawiający pominął pkt 1 i 3 art. 22 ust. 1 Pzp a warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp okroił przez pominięcie wymagania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Żądanie oświadczenia z art. 22 ust. 1 Pzp nie może być uchylone w żadnym wypadku.

Przez wadliwe sformułowanie pkt 3 siwz Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 Pzp. Wadliwe opisanie warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich spełniania godzi w art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 2 Pzp, gdyż zrównuje w możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy są zdolni do jego wykonania oraz takich, którzy zgodnych z prawem warunków udziału w postępowaniu nie spełnialiby w dniu składania ofert. Zatem udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp nie jest możliwe.

Wskazane uchybienia są wadami postępowania tkwiącymi w nim od początku i nie mogą być konwalidowane w żadnym wypadku z uwagi na dyspozycję art. 38 ust. 5 Pzp. Skutkuje to koniecznością unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

W literaturze dotyczącej wspólnotowego prawa zamówień publicznych podnosi się, że ograniczenie lub wyłączenie podwykonawstwa musi być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego t.j. swobody przepływu towarów i swobody świadczenia usług oraz zakazu dyskryminacji. Zatem należy przyjąć, że wyłączenie takie byłoby dopuszczalne jeśli uzasadniałby to przedmiot zamówienia. Izba stwierdza, że ograniczenie to w badanym postępowaniu nie znajduje zarówno uzasadnienia prawnego jak i faktycznego, zwłaszcza w

sytuacji, gdy Zamawiający nie wymagał uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Praktyka obrotu gospodarczego wskazuje, że z punktu widzenia jakości usług prawniczych lub księgowych nie ma znaczenia, czy wykonywane są w ramach struktury wykonawcy, czy siłami zewnętrznymi. Zatem Zamawiający w sposób nieuzasadniony eliminując możliwość posłużenia się podwykonawcami naruszył art. 36 ust. 4 i 5 Pzp. Stosownie do brzmienia tych przepisów zamawiający mógłby wskazać, która część zamówienia nie mogłaby zostać powierzona podwykonawcom lub żądać wskazania w ofercie, którą część zamówienia wykonawca zamierza wykonać za pomocą podwykonawców.

Izba stwierdza, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący dyspozycję art. 29 Pzp.

Przedmiotem zamówienia są m.in. usługi księgowe oznaczone przez Zamawiającego odrębnym kodem CPV. Zamawiający nie wskazał jednak zakresu oczekiwanych przez siebie usług. Wskazanie w rozstrzygnięciu protestu, że zarządca ma wykonywać „czysto techniczne operacje księgowe zgodne z ustawą o rachunkowości” jest pojęciem ogólnym i nie wskazuje w żaden sposób jakie czynności miałby wykonywać wykonawca.

Wskazanie obsługi prawnej oczekiwanej przez Zamawiającego obarczone jest analogicznymi wadami. Usługi prawnicze nie są związane ściśle z usługą zarządzania (nie są objęte ustawowym zakresem usługi zarządzania) i muszą być traktowane odrębnie. Zamawiający wymagając od wykonawców ich realizacji winien co najmniej wskazać stosowny kod CPV oraz podać zakres oczekiwanej obsługi. Pojęcie obsługi prawnej nie jest zdefiniowane ustawowo, a jego zakres jest szeroki. Inne kompetencje prawnicze są wymagane w przypadku zawierania umów w sprawie dostaw mediów a inne w przypadku prowadzenia spraw sądowych związanych np. z eksmisjami lub windykacją. Brak wskazania zakresu obsługi prawnej uniemożliwia określenie potencjału osobowego niezbędnego do jej realizacji a tym samym prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Zasadnie podnoszony jest zarzut braku wskazania systemu informatycznego. Izba stwierdza, że skoro Zamawiający w siwz obowiązkiem sprawozdawczym nadał duże znaczenie, to stanowią one dla niego istotny element przedmiotu zamówienia. Brak opisu przedmiotu zamówienia w tym aspekcie przez wskazanie chociażby funkcjonalności systemu, którym będzie posługiwał się przyszły zarządca uniemożliwia określenie potencjału osobowego niezbędnego do jej realizacji (w szczególności niezbędnych kwalifikacji), a tym samym prawidłowe skalkulowanie ceny oferty.

Podobnie sformułowanie „reprezentowanie gminy we wspólnotach mieszkaniowych na podstawie odrębnych pełnomocnictw” obarczone jest brakiem precyzji. Wykonawcom przygotowującym ofertę powinien być znany choćby przybliżony zakres reprezentacji.

Podnoszone zarzuty dotyczące § 7 ust. 3 wzoru umowy oraz Rozdziału VII pkt 14 i 17 oraz Rozdziału XI punkty 2 - 11 Katalogu Zadań Zarządcy również wskazują na naruszenie przez Zamawiającego art. 29 Pzp. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia z należytą starannością winien w ocenie Izby albo wskazać jako element przedmiotu zamówienia czynności związane z konserwacją i remontem oraz dokonać ich opisu albo też ustalić, że przy czynnościach tych zarządca działa jako pośrednik i stosowne umowy zawiera w imieniu Zamawiającego i na rachunek Zamawiającego.

Nie znajduje również uzasadnienia wymaganie Zamawiającego, aby wybrany wykonawca otworzył rachunek we wskazanym przez niego banku. W ocenie Izby decyzja ta powinna być pozostawiona uznaniu wykonawcy w celu zachowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie zadośćuczynił obowiązkowi opisanego przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, czym naruszył art. 29 oraz art. 30 ust. 1 i 7 Pzp. Braki te stanowią nie tylko istotną przeszkodę w rzetelnym skalkulowaniu ceny ofertowej ale też prowadzić mogą do tego, że wykonawcy w różny sposób rozumieć będą zakres zamówienia. W wyniku tego złożone przez nich oferty dotyczyć będą innego zakresu czynności i będą nieporównywalne w jedynym ustanowionym w badanym postępowaniu kryterium ceny.

Właściwy opis przedmiotu zamówienia, jak i obowiązek ustanowienia zgodnych z prawem i adekwatnych do przedmiotu zamówienia warunków udziału w postępowaniu są podyktowane w równym stopniu interesami wykonawców, gdyż pozwalają im na prawidłowe przygotowanie oferty oraz obliczenie jej ceny oraz Zamawiającego, gdyż umożliwiają mu wyłonienie wykonawcy, który zaoferuje najlepsze warunki realizacji zamówienia i wykona je z należytą starannością. Wady w opisie przedmiotu zamówienia stwierdzone przez Izbę uniemożliwiają realizację tych celów.

Z dokumentacji akt sprawy wynika, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu podjęli próbę uzyskania informacji niezbędnych do przygotowania oferty zwracając się do Zamawiającego w trybie określonym w art. 38 ust. 1 Pzp. Izba stwierdza, że odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego nie stanowiły rzeczywistych wyjaśnień treści siwz. Zamawiający mając na względzie zasadę równości i uczciwej konkurencji winien

interpretować postanowienia przygotowanych przez siebie dokumentów, a w uzasadnionych przypadkach dokonać ich zmiany stosownie do dyspozycji art. 38 ust. 4 Pzp, w taki sposób, by umożliwiły one przygotowanie i złożenie oferty odpowiadającej w pełni opisanym potrzebom Zamawiającego. W badanym postępowaniu czynności te zostały przez Zamawiającego zaniechane.

Nieprawidłowym jest działanie Zamawiającego polegające na przesunięciu terminu składania ofert bez podania konkretnej daty. Art. 36 ust. 1 pkt 11 Pzp stanowi jednoznaczny i nie doznający odstępstw obowiązek Zamawiającego w tym zakresie. Jest to istotne również z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych. Wykonawcy powinni dysponować wiedzą ile mają czasu na przygotowanie i złożenie oferty.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganego doświadczenia weryfikowany na podstawie wykonanych/wykonywanych usług powinien zostać skonkretyzowany również przez podanie ich wartości. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że wskazanie wymaganej przez niego powierzchni lokali oraz załączenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi jest wystarczające.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 3 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Za uzasadnione koszty Odwołującego się, w tym z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie przedłożonego rachunku, przyznano kwotę 2914.93 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania ( Dz. U. Nr 128, poz. 886.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*