

**WYROK**  
**z dnia 8 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A., ul. Rybaki 18a, 61-884 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań reprezentowane przez **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta Poznania, ul. Matejki 57, 60-770 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o., ul. Wolnej Wszechnicy 5, 02-097 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A., ul. Rybaki 18a, 61-884 Poznań** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S.A., ul. Rybaki 18a, 61-884 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej S.A., ul. Rybaki 18a, 61-884 Poznań** na rzecz Miasta Poznań reprezentowanego przez **Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych Zakład Budżetowy Miasta**

**Poznania, ul. Matejki 57, 60-770 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Zarządzanie zasobem komunalnym Miasta Poznania o łącznej powierzchni 1.355.267,41 m<sup>2</sup>, zgodnie z jego przeznaczeniem, wykonywanie czynności zmierzających do utrzymania zasobu w stanie niepogorszonym, na poziomie zapewniającym bezpieczeństwo ludzi i mienia”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2012 roku pod numerem 2012/S - 246-404730.

Odwołujący Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej S. A. wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ustawy PZP ust 2 pkt 3 i 4 poprzez ich niezastosowanie i nie dokonanie wykluczenia wykonawcy WAM, mimo iż wykonawca WAM złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a także nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z daleko posuniętej ostrożności podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, naruszenie art. 89 ust 1. pkt 2) oraz naruszenie art 44 ustawy PZP poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że WAM złożył prawidłowe oświadczenie, o którym mowa w art. 44., naruszenie art. 7 ust 1 i 3 PZP i art. 89 ust 1. pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1 i 3 poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy WAM zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o stwierdzenie nieważności czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Zespołu Zarządców Nieruchomości WAM sp. z o. o. jako najkorzystniejszej i wobec powyższego nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia wykonania czynności oceny ofert (z uwzględnieniem zarzutów zawartych w niniejszym odwołaniu) i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uznanie, iż Zespół Zarządców Nieruchomościami WAM Sp. z o. o. jest uczestnikiem podlegającym wykluczeniu z postępowania i wobec powyższego nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Zespołu Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o. o. z przedmiotowego postępowania, ewentualnie o: uznanie oferty ww. spółki za podlegającą odrzuceniu i wobec powyższego nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ww. oferty, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i jednocześnie jedynej oferty w postępowaniu nie podlegającej odrzuceniu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym zwrotu wpisu.

W dniu 15.02.2013r. Zamawiający przesał pismo z informacją, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Warunki spełniali następujący Wykonawcy: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej SA, Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o., Konsorcjum Firm: Prywatny Zarząd Mieszkaniami Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., Zakład Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o.

13.06.2013r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w punkcie 1 podniósł zarzut niespełnienia przez Wykonawcę Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. wymogów w zakresie dysponowania osobami posiadającymi określone uprawnienia wskazane w pkt 5 Dokumentu.

W załączonym do Ogłoszenia Zamawiającego dokumencie zawierającym m. in. warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał szereg wymogów, których spełnienie przez wykonawców jest konieczne, aby mogli zostać dopuszczeni do dalszego udziału w postępowaniu. W pkt 5 przywołanego dokumentu zawarto zapis, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany był do wskazania, że dysponuje osobami posiadającymi określone uprawnienia. Jednocześnie w omawianym zakresie Zamawiający dopuścił możliwość polegania przez wykonawców na wiedzy doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Zespołu Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w załączniku nr 1. do wniosku umieścił nieprawdziwe oświadczenie o rzekomym spełnieniu przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 5.

Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. wskazał w treści swojego wniosku o dopuszczenie do udziału i złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że zamierza korzystać z potencjału osób trzecich. Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie przedłożył żadnego pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, czego bezwzględnie wymagał Zamawiający. Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykonawca ten złożył nieprawdziwe oświadczenie oraz jednocześnie nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, nieprzedłożenie przez Wykonawcę pisemnego oświadczenia podmiotów trzecich, na których potencjale chce polegać w toku wykonywania zamówienia wykonawca, nie jest brakiem, który może zostać uzupełniony w drodze wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia tego dokumentu w trybie art. 26 ust 3 ustawy

PZP. Odwołujący stwierdził, że nieprzedłożenie przez Wykonawcę Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. pisemnych zobowiązań, zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 4) stanowi bezwzględną przesłankę do wykluczenia WAM z udziału w postępowaniu i jest to brak nieusuwalny w drodze wezwania do uzupełnienia.

Odwołujący w punkcie 2 odwołania sformułował zarzut braku wykluczenia Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten podał informacje nieprawdziwe. Zamawiający w pkt. 5.1.3 zobowiązał wykonawców do dysponowania co najmniej 2 osobami uprawnionymi do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych. Odwołujący wskazał, że Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. przedłożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz osób mających spełniać powyższe wymaganie, w tym wskazał na A..... M..... oraz A..... W..... Załączył także zaświadczenia, mające potwierdzać uprawnienia ww. osób do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych. Odwołujący podniósł, że A..... M..... nie dysponuje uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych. Dysponuje jedynie uprawnieniami do wykonywania prac konserwatorskich w zakresie zabytków ruchomych, co wynika ze złożonego we wniosku zaświadczenia nr 19/94 z dnia 27. 09 1994 r. gdzie określono, że osoba ta posiada kwalifikacje w zakresie obejmującym prace konserwatorskie przy zabytkach ruchomych.

Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. złożył we wniosku oświadczenie w następującym brzmieniu: *„Oświadczamy, że osoby wskazane w pkt 3 tj. uprawnione do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych posiadają kwalifikacje i doświadczenie zgodne z informacjami zawartymi w tabelach i będą brały udział w realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego jest to oświadczenie nieprawdziwe i mające wpływ na wynik postępowania. Fakt podania informacji nieprawdziwych uniemożliwia Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia czy złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jest to przeszkoda trwała i nieusuwalna, skutkująca każdorazowo wykluczeniem wykonawcy z postępowania - niemożliwe jest zastosowanie art. 26 ust 3 ustawy PZP.*

Odwołujący w punkcie 3 odwołania podniósł zarzut dotyczący braku wykluczenia z postępowania wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. z uwagi na niespełnienie wymogu dotyczącego wymogu wskazanego w pkt 7.8 Dokumentu.

W pkt. 7.8 Zamawiający żądał od Wykonawców, aby przedłożyli we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zestawienie wykonanych usług zarządzania nieruchomościami (w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania) a także wymagał przedłożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług. Zamawiający

żądał podania wartości tych prac. Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. zamieścił we wniosku wykaz zrealizowanych usług. Odwołujący podniósł, że w wykazie Wykonawca nie wskazał wartości prac. Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. w wykazie wskazał na umowę wykonywaną przez w okresie od 01. 09. 2009 do 30. 11. 2012 r. i nową umowę wykonywaną od 01. 12. 2012 r. Przedłożone referencje, zdaniem Odwołującego, dotyczą nowej umowy. Odwołujący argumentował, że Wykonawca nie wykazał jaki był zakres poprzedniej umowy, nie sposób zatem zweryfikować, czy został spełniony wymóg z pkt 7.8 Dokumentu. Odwołujący zakwestionował przedmiotowe referencje, gdyż jak stwierdził, wystawione zostały przez podmiot powiązany kapitałowo z Wykonawcą Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o..

Odwołujący w punkcie 4 odwołania sformułował zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 PZP i art. 89 ust 1. pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Odwołującego zaoferowana przez Wykonawcę Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. cena jest ceną rażąco niską. Jak wynika z protokołu postępowania w trybie przetargu ograniczonego, Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 38.295.536,95 zł. Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. zaproponował cenę o 28,72 % niższą od ceny szacunkowej tj. kwotę 24.718.462,84 zł (Odwołujący zaoferował cenę 25.996.566,07 zł). W ocenie Odwołującego, rozbieżność ceny ofertowej Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. i ceny szacunkowej sugeruje cenę rażąco niską.

Odwołujący podniósł, że w odróżnieniu od Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o., mógł zaproponować tak korzystną i jednocześnie nie rażąco niską cenę, ponieważ Odwołujący nie będzie ponosił kosztów wdrożenia do wykonywania umowy, w tym kosztów wdrożenia systemów teleinformatycznych (system granit, sprzęt etc.) Koszt realizacji przedmiotu postępowania jest więc dla Odwołującego znacząco niższy niż w przypadku Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o., dlatego też Odwołujący mógł zaoferować cenę niższą od szacunkowej, bez narażenia się na zarzut zastosowania ceny rażąco niskiej.

Odwołujący podkreślił, że jednym z wymogów Zamawiającego było, aby Wykonawca w terminie 14 dni od podpisania umowy uruchomił sześć (6) Punktów Obsługi Klienta i utrzymywał je przez cały czas trwania umowy, a POK winny spełniać wymagania stawiane budynkom użyteczności publicznej. Odwołujący dla realizacji zadania utrzymuje budynki,

które stanowią własność Odwołującego, zaś Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. dla spełnienia ww. wymogu będzie musiał ponieść wysokie koszty wynajmu (dzierżawy) odpowiednich lokali. Odwołujący obliczył, że koszt wynajmu lokali dla 6 punktów przez okres 48 miesięcy (4 lata) 2.152.512,00 zł. Koszty podatku od nieruchomości przez okres 48 miesięcy (4 lata): 54.768,00 zł. W ocenie Odwołującego, element realizacji umowy generuje dla wykonawcy znaczne koszty i tym samym uzasadniony jest zarzut rażąco niskiej ceny.

W punkcie 5 odwołania Odwołujący przedstawił zarzut naruszenia art. 44 ustawy PZP poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. złożył prawidłowe oświadczenie, o którym mowa w art. 44.

Odwołujący zakwestionował złożone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. oświadczenie (datowane na 24. 01. 2013 r.), gdyż jego zdaniem, z oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie wynika, aby Wykonawca oświadczył, iż spełnił warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów Odwołującego dotyczących wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podniósł, że odwołanie w zakresie zarzutów pkt 1 - 3 zostało złożone po terminie określonym w ustawie. Zamawiający przesłał fax z informacją o wynikach w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dnia 15.02.2013r. Zamawiający wskazał, że termin wniesienia odwołania w zakresie czynności badania i oceny wniosków przez Zamawiającego upłynął w dniu 25.02.2013r. Zamawiający argumentował, że zarzuty formułowane przez Odwołującego w pkt. 1-3 dotyczą rzekomych braków we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i mogły być podnoszone wyłącznie na etapie dokonywanej przez Zamawiającego czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenia do dalszego w nim udziału. Odwołanie złożone na te czynności w dniu 21 czerwca 2013 roku, zdaniem Zamawiającego, należy uznać za złożone z uchybieniem terminu określonego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z zapisem art. 182 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie tam określonym od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W omawianym zakresie powiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej nie ma żadnego znaczenia co do biegu terminu złożenia odwołania w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywanej w pierwszym etapie przetargu ograniczonego.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że w niniejszym postępowaniu różnica pomiędzy ofertą najkorzystniejszą, a ofertą złożoną przez Odwołującego wynosi zaledwie 4,9 %, co w ocenie Zamawiającego, przesądza już bez konieczności prowadzenia dalszej analiz o bezpodstawności zarzutu stawianego przez Odwołującego. Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO (w tym wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r. KIO/UZP 284/09), zgodnie z którym: „W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość oraz cena innych ofert złożonych w postępowaniu. (...) różnice w cenach ofert rzędu kilku procent co do zasady należy traktować jako prawidłowy objaw konkurencji w ramach reguł wolnego rynku (...) różnica w cenie kolejnych według rankingu ofert w wysokości ok. 8% nie daje podstawy do uznania, iż cena niższa jest rażąco niska. (...) W żadnym razie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada obowiązku badania ceny każdej oferty, która zawiera cenę najniższą ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.” Każdorazowo to Zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający argumentował, że do uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę bez ryzyka, ponoszenia strat przez wykonawcę. Obowiązkowi dowodowemu w tym zakresie, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie sprostął.

Zamawiający wskazał, że z treści SIWZ oraz szczegółowych wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na złożone w toku postępowania zapytania wynika, że koszt wdrożenia systemu teleinformatycznego spoczywa na Zamawiającym, który zobligowany jest do przekazania Wykonawcy oprogramowania, niezbędnego do realizacji umowy i przeprowadzenia niezbędnych szkoleń pracowników. Podobna sytuacja miała miejsce przy realizacji poprzedniej umowy na zarządzanie zasobem komunalnym, kiedy to realizacja tego zadania powierzona została Odwołującemu. Zamawiający wskazał także na § 6 Istotnych Postanowień Umowy i Zasady przekazania i użytkowania systemu i bazy danych, który stanowi, że bazę danych (tj. system Granit) udostępnia Zamawiający, natomiast Wykonawca winien jedynie zapewnić swoim pracownikom infrastrukturę teleinformatyczną, tj. sprzęt niezbędny do pracy na bazie danych Zamawiającego. Według wiedzy i wieloletniego doświadczenia Zamawiającego, jest to sprzęt zwykle stosowany przez podmioty gospodarcze, niezawyżający standardów powszechnie używanych.

W kwestii kosztów najmu powierzchni biurowych przywołanych w odwołaniu, Zamawiający zaznaczył, że ani Odwołujący ani też Zamawiający, nie dysponują wiedzą w zakresie



ewentualnych nieruchomości pozostających we władaniu Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM sp. z o.o., tytułów prawnych do tych nieruchomości, a tym samym i kosztów, jakie ponosić będzie ten podmiot w związku z realizacją zamówienia. W ocenie Zamawiającego „dywagacje zatem poczynione w tym zakresie przez Odwołującego, mają charakter czysto spekulacyjny”.

Zamawiający przywołał orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C - 103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, np, tańszych o więcej niż 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, i z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotą uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty.

Izba ustaliła, że Zamawiający przesłał Wykonawcom w formie faksu informację o wyniku badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 15 lutego 2013 roku. Odwołujący potwierdził, że otrzymał taką informację dnia 15 lutego 2013 roku. W piśmie zostali także wskazani wykonawcy, których Zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert. Stosownie do art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Z powyższego wynika, że termin na wniesienie odwołania dotyczącego czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upłynął w dniu 25 lutego 2013 roku. Należy więc stwierdzić, że odwołanie wniesione w dniu 21 czerwca 2013 roku, w którym wykonawca stawia zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (w tym treści dokumentów zawartych we wniosku Przystępującego, braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu) jest odwołaniem wniesionym po upływie terminu określonego w ustawie. Zarzuty sformułowane w pkt. 1,2,3,5 odwołania dotyczą naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez ich niezastosowanie i niedokonanie wykluczenia wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o., a więc czynności Zamawiającego polegającej na ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podnoszony w punkcie 5 odwołania zarzut w zakresie wadliwej treści oświadczenia z dnia 24 stycznia 2013 roku, złożonego w treści wniosku o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu, również nie został rozpoznany z uwagi na upływ terminu przewidzianego w ustawie na zaskarżenie. Zamawiający wymagał złożenia takiego oświadczenia w treści wniosku, nie wymagał załączenia takiego oświadczenia do oferty. Treść wniosku, jak również ocena wniosku przez Zamawiającego znana była wykonawcom już od dnia 15 lutego 2013 roku. Zatem wszelkie zarzuty dotyczące oceny przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu na podstawie złożonych dokumentów upłynęły w dniu 25 lutego 2013 roku.

Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z powyższych względów Izba nie kierowała do rozpoznania na rozprawie zarzutów określonych w odwołaniu pod numerem 1,2,3,5. Do rozpoznania na rozprawie skierowany został zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. Zarzut ten dotyczy czynności oceny ofert, o której Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 13 czerwca 2013 roku. Zatem zarzut dotyczący czynności Zamawiającego dotyczącego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, podniesiony w dniu 21 czerwca 2013 roku, został przedstawiony w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślić należy, że stosownie do artykułu 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są jawne od dnia poinformowania o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący został poinformowany o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w dniu 15 lutego 2013 r. Od tego dnia Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią wniosków, w tym wniosku Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o. Już od tego dnia miał możliwość zapoznać się z decyzją Zamawiającego dotyczącą oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, a także z informacją, którzy wykonawcy zostali zaproszeni do dalszego udziału w postępowaniu.

Do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie Wykonawca Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W orzecznictwie ustalony został pogląd, że za rażąco niską cenę może zostać uznana tylko taka cena, która jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień. Do uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, a nawet nie uprawdopodobnił, aby cena zaoferowana przez Wykonawcę Zespół Zarządców Nieruchomości WAM sp. z o.o., była rażąco niska. Różnica cen zaoferowanych w niniejszym postępowaniu wynosi 4,9%. W ocenie Izby fakt, że różnica w cenie tych ofert jest tak niewielka, wskazuje na rzeczywistą konkurencję pomiędzy wykonawcami oraz na rzeczywistą rynkową wartość zamówienia, nie zaś na fakt, że oferta niższa o 4.9 % zawiera cenę rażąco niską. Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym różnice w cenach ofert rzędu kilku procent co do zasady należy traktować jako prawidłowy objaw konkurencji w ramach reguł wolnego rynku. Różnica w cenie kolejnych według rankingu ofert w wysokości kilku procent nie daje podstawy do uznania, iż cena niższa jest rażąco niska. Odwołujący nie wskazał żadnej okoliczności, która pozwalałaby na uznanie, że obniżenie wartości oferty o 4.9% w stosunku do oferty Odwołującego oznacza rażące zaniżenie ceny. Odwołujący nie wykazał, że za cenę, jaką zaoferował Przystępujący nie da się zrealizować zamówienia.

Odwołujący jako argument, dla którego złożył ofertę z ceną niewiele wyższą od Przystępującego wskazał fakt, że mógł on zaproponować tak korzystną i jednocześnie nie rażąco niską cenę, ponieważ nie będzie ponosił kosztów wdrożenia do wykonywania umowy, w tym kosztów wdrożenia systemów teleinformatycznych (system granit, sprzęt etc.) Koszt realizacji przedmiotu postępowania jest więc dla Odwołującego znacząco niższy niż w przypadku Wykonawcy Zespół Zarządców Nieruchomości WAM Sp. z o.o., dlatego też Odwołujący mógł zaoferować cenę niższą od szacunkowej, bez narażenia się na zarzut zastosowania ceny rażąco niskiej. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający wskazał w SIWZ, że zapewni system teleinformatyczny oraz przekaze Wykonawcy oprogramowanie, niezbędne do realizacji umowy i przeprowadzenia niezbędnych szkoleń pracowników. Z powyższego wynika, że sytuacja każdego z wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie wdrożenia jest identyczna, gdyż koszty związane z zapewnieniem systemu teleinformatycznego oraz stosownego oprogramowania ponosić będzie Zamawiający. Brak jest więc podstaw do uznania, że Odwołujący znajdował się w szczególnej sytuacji, która pozwalałaby mu na zmniejszenie kosztów wykonania przez niego zamówienia, gdyż w identycznej sytuacji znajduje się każdy z wykonawców, którzy złożyli ofertę. Wykonawca,

którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, zobowiązany będzie jedynie do zapewnienia infrastruktury teleinformatycznej pracownikom zatrudnionym przy wykonywaniu umowy i infrastruktura ta składać się powinna ze sprzętu niezbędnego do pracy na bazie danych udostępnionych przez Zamawiającego. Z oświadczenia Zamawiającego wynika, że wystarczający do pracy jest sprzęt zwykle stosowany przez podmioty gospodarcze. W ocenie Izby nie ma podstaw do kwestionowania oświadczenia Zamawiającego w powyższym zakresie, a ponadto podkreślić należy, że Odwołujący nie zakwestionował powyższego oświadczenia Zamawiającego. Powyższy zatem argument Odwołującego należy uznać za chybiony. Wykonawcy nie są zobowiązani do ponoszenia szczególnych wysokich kosztów realizacji umowy z tytułu wdrażania szczególnych rozwiązań teleinformatycznych. Izba wzięła pod uwagę także fakt, że koszty wykonania umowy w postaci składników materialnych stanowią jedynie niewielką część zamówienia i ta część, jak wskazano powyżej, odnosi się do składników, którymi najczęściej dysponują podmioty działające w branży.

Nie znalazł potwierdzenia argument Odwołującego, że skoro cena w ofercie powinna uwzględniać koszt wynajmu lokali przeznaczonych na uruchomienie 6 punktów obsługi klienta i utrzymywanie tych punktów przez cały okres trwania umowy, a cena wynajmu lokali jest w Mieście Poznań bardzo wysoka, to Przystępujący nie jest w stanie zrealizować umowy obejmującej uruchomienie 6 punktów obsługi klienta i utrzymywanie tych punktów przez cały okres trwania umowy w cenie, jaką zaoferował. Po pierwsze należy podkreślić, że ani Odwołujący ani Zamawiający nie posiadają informacji dotyczących zasobów lokalowych Przystępującego. Nie jest więc przesądzone, że Przystępujący w celu należytego wykonania umowy zmuszony będzie wynajmując lokale z przeznaczeniem na 6 punktów obsługi klienta. Po drugie wskazać należy, że SIWZ nie wymagała, aby lokale, w których znajdować się mają punkty obsługi klienta przeznaczone były wyłącznie na potrzeby realizacji umowy z Zamawiającym. Oznacza to, że przy zapewnieniu wymogów stawianych przez SIWZ każdy z wykonawców może w punktach obsługi klienta prowadzić także działalność związaną z usługami świadczonymi na rzecz podmiotów innych niż Zamawiający. Z powyższego wynika, że koszty obsługi 6 punktów obsługi klienta mogą kształtować się dowolnie. Izba ponownie podkreśla, że koszty obsługi 6 punktów obsługi klienta stanowią jedynie część zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie jest w stanie zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę.

Podkreślić także należy, że art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku badania ceny każdej oferty, która zawiera cenę najniższą ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Każdorazowo to Zamawiający rozważa, czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie

Zamawiającego dopiero wówczas, gdy Zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10). W niniejszej sprawie Zamawiający nie powziął wątpliwości co do tego, czy cena jest rażąco niska. W ocenie Izby, wobec tak niewielkiej różnicy pomiędzy zaoferowanymi cenami, a także z uwagi na powyżej wskazane okoliczności, Zamawiający nie był zobowiązany do wszczęcia procedury wyjaśniania pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Tym samym, Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 89 ust 1. pkt 4 i art. 90 ust 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....