

WYROK

z dnia 4 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Poprawa  
Beata Pakulska-Banach  
Aleksandra Patyk

**Protokolant:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 roku przez wykonawcę **Express spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie** (ul. Rzemieślnicza 26 30-403 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Urząd Dozoru Technicznego** (ul. Szczęśliwicka 34 02-353 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **Arval Service Lease Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (ul. Wołoska 24 02-675 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2635/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Express spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie** i :
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Express spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Dozoru Technicznego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na najem długoterminowy floty samochodów na potrzeby Urzędu Dozoru Technicznego - znak sprawy ZP-DA-6/21. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Szacunkowa wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 139 000,00 EURO.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 czerwca 2021 r. Nr 2021/S 115-301672.

W dniu 6 września 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Express spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej Odwołującym).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, na skutek bezzasadnego uznania, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony przez Zamawiającego jako manipulowanie cenami w celu uzyskania lepszej punktacji, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego została skalkulowana zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, uwzględniając realia rynkowe oraz zysk Odwołującego, a także cena oferty Odwołującego nie jest niższa od ceny zaproponowanej przez innych oferentów, co wyklucza zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji,
2. art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz działanie niezapewniające prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, skutkujące zaniechaniem wezwania innych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących:
  - opłaty za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł netto za kilometr, która jest rażąco zaniżona w stosunku do stawek rynkowych (ok. 95%), co jest oferowaniem usługi poniżej kosztów nabycia, a przy tym wskaźnik opłaty za nadprzebieg jest niższy

o ponad 30 % od średniej arytmetycznej wskaźnika wskazanego przez pozostałych oferentów,

- wysokości rabatu na paliwo oferowanego przez Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, albowiem rabat udzielony Wykonawcy jest analogiczny jak upust udzielony Zamawiającemu, nie uwzględniając przy tym kosztów jakie Wykonawca poniesie m.in. w związku z obsługą kart paliwowych, co może prowadzić do powstania straty finansowej po stronie Wykonawcy,

a w konsekwencji:

3. art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 239 ust 1 i ust 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania, w tym:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Odwołującego na zasadach określonych w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia oraz ustawie Pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ

Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego zdaniem, złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i odrzucenie oferty konkurencyjnej - Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, da Odwołującemu możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą, zatem potwierdzenie się zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, tj. bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty Arval Service Lease Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, może prowadzić do sytuacji umożliwiającej Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i osiągnięcie korzyści z jego realizacji.

Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

#### I. Odrzucenie oferty odwołującego się.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż doszło do manipulacji cenami. Zamawiający nie bierze pod uwagę tego, iż rabat na paliwo jaki przysługuje odwołującemu od dostawcy paliw jest rabatem kwotowym a nie procentowym. Tymczasem Zamawiający w warunkach przetargu zażądał aby wskazać procentową wartość rabatu. Ze względu na zmieniające się ceny paliw nie ma możliwości dokonania przeliczenia wartości rabatu kwotowego na procentowy. Jak wskazywał Odwołujący, przysługujący Odwołującemu rabat w wysokości 12 groszy na przestrzeni ostatnich 12 miesięcy przekładał się na rabat procentowy w wysokości od 2,71 % do 4 % w zależności od aktualnych cen paliw. Jeżeli odwołującemu nie przysługuje rabat procentowy a rabat kwotowy to w jaki sposób ma dokonać przeliczenia na rabat procentowy?

Absolutnym błędem zamawiającego jest zatem kalkulowanie możliwych wyników postępowania przetargowego w przypadku zaoferowania przez odwołującego się rabatu w wysokości 3,4 %. Przy warunkach handlowych jakie posiada odwołujący się, zakładających rabat kwotowy od ceny paliw, nie ma możliwości określenia wskaźnika procentowego rabatu jaki zagwarantowałby odwołującemu się zysk z samej sprzedaży paliw. Przyjęty przez zamawiającego rabat w wysokości 3,4 %, przy spadku cen paliw może przekroczyć rabat kwotowy jakim dysponuje odwołujący się.

Ceny paliw podlegają zmianom i nie można ustalić jaka będzie średnia cena paliw w okresie realizacji kontraktu a co za tym idzie nie można nawet ocenić czy zaoferowany rabat będzie skutkował stratą dla Odwołującego czy też zyskiem. Zaoferowany rabat będzie wykorzystywany przez zamawiającego w toku realizacji trzyletniego kontraktu i nie można

obecnie dokonywać oceny czy na skutek zaoferowania rabatu w wysokości 5 % odwołujący poniesie stratę w zakresie sprzedaży paliw czy też wypracuje zysk.

Jak wskazano w treści wyjaśnień wyliczona na podstawie aktualnych cen paliw strata zamawiającego w zakresie kosztów paliwa wynosi 3 % spodziewanej marży przy założeniu, iż cała kwota wskazana przez zamawiającego zostanie przeznaczona na paliwo. Oczywiście zostało wykonane przy założeniu, iż aktualne, rekordowe wysokie, ceny paliw nie ulegną obniżeniu. Maksymalna strata przy sprzedaży paliw odpowiada zatem 0,85 % przychodu z kontraktu i przewidywany zysk obniża o ledwie 13,68 zł miesięcznie.

Wszelkie wyliczenia w tym zakresie mają charakter czysto hipotetyczny. Nie tylko nie można mieć pewności odnośnie cen paliw jakie będą obowiązywały w okresie realizacji kontraktu ale również nie można mieć pewności jaka ilość paliwa zostanie zakupiona przez zamawiającego. Okoliczności które doprowadziły do odrzucenia oferty odwołującego się mają zatem charakter hipotetyczny.

Wskazywane przez orzecznictwo KIO manipulowanie ceną polega na sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest szereg towarów lub usług a oferent tak ustala ceny poszczególnych towarów lub usług aby uzyskać przewagę konkurencyjną. W przypadku oferty złożonej przez odwołującego tak nie było. Czynsz najmu jest bowiem wynagrodzeniem za usługi najmu które to wynagrodzenie musi zostać poniesione przez zamawiającego w przypadku prawidłowego wykonania umowy (zamawiający nie ma możliwości skrócenia okresu najmu a czynsz najmu jest należny niezależnie od tego jak intensywnie pojazdy będą eksploatowane). Natomiast oszczędność wynikająca z przyznanego rabatu zależy od wartości zakupionego paliwa.

Wskazane przez zamawiającego orzecznictwo w ogóle nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie. W sprawie o sygnaturze akt KIO 49/18 żadnemu z wykonawcy nie postawiono zarzutu manipulowania ceną, KIO jedynie przytaczał przykłady czynu nieuczciwej konkurencji wskazując, iż nie znajduje podstaw do przyjęcia, iż działanie wykonawcy jest takowym czynem:

*W niniejszej sprawie Odwołujący podniósł, że Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji właśnie w postaci utrudniania dostępu do rynku, bowiem zaoferował nieistniejący produkt. Jak zostało zaznaczone przy okazji omawiania zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, Przystępujący nie dołożył należytej staranności składając ofertę. Najprawdopodobniej na skutek złożonego odwołania i zawartej w nim treści Przystępujący podjął próbę zamiany niespełniającego wymagań SIWZ oprogramowania na inne. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że działanie Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby działanie Przystępującego nie było działaniem utrudniającym dostęp do rynku innym Wykonawcom, a raczej podyktowane było chęcią ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby Odwołujący zaoferował niższą*

*cenę w niniejszym postępowaniu oferta Przystępującego nie została wybrana. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się takie okoliczności jak manipulacje ceną, czy kryteriami oceny ofert, które stanowią podstawę wyboru danego wykonawcy i w sposób oczywisty wskazują na zachowanie nieuczciwe, powodujące wyeliminowanie z rynku innych przedsiębiorców. Pamiętać należy, że w przypadku nie dostarczenia produktów zgodnych z SIWZ, co na pewno uwidoczniłoby się na etapie realizacji umowy, Wykonawca poniósłby konsekwencje własnych działań w postaci kar umownych z odstąpieniem od umowy włącznie”.*

W świetle powyższego przyznany rabat na paliwo ma symboliczny wpływ na wypracowany zysk i nie może skutkować uznaniem oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

## II. Brak odrzucenie oferty Arval Service Lease Polska Sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu, iż oferent Arval ustalił warunki cenowe w taki sposób, iż na części usług może ponieść stratę. W szczególności dotyczy to stawki za nadprzebieg a więc opłaty za przekroczenie deklarowanego przez zamawiającego limitu kilometrów.

Należy zaznaczyć, iż przebieg 90 000 km jest przebiegiem jedynie deklarowanym. Nie ma prawnego obowiązku aby Zamawiający przestrzegał wskazanego limitu. Jediną konsekwencją przekroczenia deklarowanego limitu jest konieczność poniesienia dodatkowej opłaty za nadprzebieg.

Stawka za nadprzebieg została ustalona przez Arval na kwotę 0,01 zł netto za każdy kilometr nadprzebiegu. Przy przykładowym nadprzebiegu wynoszącym 40.000 km oferent Arval ma prawo do obciążenia zamawiającego opłatą w kwocie 400 zł netto.

W zakresie zadania I oferent Arval zgłosił 26 sztuk pojazdów marki Hyundai i30 dodatkowe koszty serwisowania pojazdu wynoszą 4.328,12 zł netto.

Dodatkowo oferent Arval poniesie stratę z tytułu utraty wartości rynkowej pojazdu w wysokości 2.400 zł netto (według bazy eurotax). Minimalna stawka opłaty za nadprzebieg, umożliwiająca pokrycie powyższych kosztów to 0,17 zł netto za kilometr nadprzebiegu (6.728,12 zł netto / 40.000 km) a więc siedemnastokrotność stawki wskazanej przez oferenta Arval. W przypadku pokonania pojazdem 130.000 km wynagrodzenie z tytułu opłaty za nadprzebieg wynosi ledwie 400 zł netto a więc strata na jednym pojeździe wynosi 6.328,12 zł netto.

Podobnie sytuacja przedstawia się z pojazdami z pozostałej części zamówienia. Przy założeniu, iż każdy z pojazdów zaoferowanych przez Zamawiającego będzie miał przekroczony deklarowany przebieg o 40.000 km dodatkowy koszt dla oferenta Arval waha się od 8.051,99 zł do 13.410,84 zł netto a dodatkowy przychód to jedynie 400 zł netto.

Oczywiście strata ta jest uzależniona od tego czy dojdzie do przekroczenia limitu przebiegu zadeklarowanego przez zamawiającego. Podobnie jednak odwołujący poniesie koszty w zakresie ceny paliwa wyłącznie wtedy gdy ceny paliw nie ulegną obniżeniu oraz w zależności od tego jaką ilość paliwa zakupi zamawiający. Zamawiający deklaruje bowiem jedynie zakup paliwa ale przedmiotem zamówienia nie jest zobowiązanie zamawiającego do zakupu określonej ilości paliwa.

Ponadto strata oferenta Arval jest bezdyskusyjna co najwyżej może ulec zwiększeniu. Ceny paliw są obecnie na rekordowym poziomie i można oczekiwać ich spadku natomiast koszty serwisowania mogą wyłącznie rosnąć ze względu na inflacyjny wzrost cen materiałów oraz wzrost kosztów robocizny.

Oferent Arval miał pełną świadomość tego, iż zaproponowane stawki opłat za nadprzebieg są dalekie od stawek które zapewniłyby brak straty na kontrakcie w przypadku przekroczenia limitu kilometrów — innym klientom oferent Arval proponuje stawkę ponad czterdziestokrotnie wyższą: 0,4723 zł netto za kilometr.

Ponadto należy zauważyć, iż w zakresie paliwa oferent Arval zaoferował rabat równy rabatowi jaki otrzymuje od swojego dostawcy. Teoretycznie zatem w zakresie sprzedaży paliw oferent Arval nie ponosi straty. Jednakże należy brać pod uwagę fakt, iż sprzedaż paliwa odbywa się z wykorzystaniem kart paliwowych których koszt obsługi obejmuje stałą opłatę miesięczną oraz koszt wydania karty. Biorąc pod uwagę ilość pojazdów objętych zamówieniem publicznym oraz stawki rynkowe za obsługę kart paliwowych strata oferenta Arval na kosztach obsługi kart paliwowych przekroczy kwotę 20.000 zł. Również w zakresie sprzedaży paliw oferta Arval skalkulowana jest przy założeniu wypracowania straty.

Na skutek zaoferowania stawki za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł netto oferent Arval uzyskał 10 punktów w kategorii wysokość opłaty za nadprzebieg podczas gdy inny oferent, Hitachi Capital Sp. z o.o., stosujący stawki rynkowe opłaty za nadprzebieg uzyskał ledwie 0,56 punktu. Cytując powołane przez Zamawiającego orzeczenie KIO z dnia 20 maja 2019 roku, KIO 766/19: *„Zdaniem Izby, takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której, ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów odwołujący uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Ponadto opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający, który zmuszony jest do wybrania, jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie.”*



Fakt zaferowania rażąco niskiej ceny, odbiegającej od cen rynkowych jak i od cen stosowanych przez oferenta Arval wobec innych klientów nie wzbudził żadnych zastrzeżeń ze strony Zamawiającego pomimo tego, iż odwołujący się zwrócił zamawiającemu uwagę na powyższe w treści wyjaśnień z dnia 12 sierpnia 2021 roku. Odwołujący się wskazywał, iż zaferowana przez oferenta Arval stawka za nadprzebieg to 0,01 zł podczas gdy stawki rynkowe, odzwierciedlające rzeczywisty koszt związany z wyższym przebiegiem, wahają się od 0,20 do 0,55 zł netto za kilometr. Zamawiający nie zdecydował się zwrócić do oferenta Arval celem uzyskania wyjaśnień i nie dokonał również wykluczenia oferty złożonej przez oferenta Arval. W treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie odniósł się również do zastrzeżeń zgłaszanych przez odwołującego się.

Powyższe okoliczności pozwalają zrozumieć dlaczego oferent Arval mógł pozwolić sobie na tak niskie stawki czynszu najmu.

### III. Zasada równego traktowania

Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. [por. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.]

Zasada równego traktowania oznacza, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania — wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję. [por. A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.]

Niedopuszczalna jest sytuacja w której Zamawiający odrzuca ofertę jednego Wykonawcy, z uwagi na rzekome naruszenie zasad konkurencji i manipulowanie ceną, a następnie jako ofertę najkorzystniejszą wybiera ofertę tego wykonawcy, który proponuje sprzedaż usługi poniżej kosztów, w celu wyeliminowania pozostałych oferentów. Jak wskazano powyżej, przestrzeganie zasady równego traktowania polega przede wszystkim na stosowaniu wobec wszystkich wykonawców jednej miary, czyli stawianiu takich

samych wymagań, takiej samej weryfikacji ich spełnienia oraz konsekwencji w ich egzekwowaniu.

W dniu 10 września 2021 r. do postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Arval Service Lease Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Przystępującym).

W dniu 28 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 29 września 2021 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Arval Service Lease Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w Postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej zastosował następujące kryteria oceny ofert:

## 12. OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert:

Część 1 - samochody osobowe typu Kombi (segment klasy C – niższa średnia):

- a) Cena za najem - 70 %
- b) Wysokość opłaty za nadprzebieg km - 10%
- c) Wysokość zwrotu za niedobieg km - 10%
- d) Rabat na zakup paliwa - 10 %

Zgodnie z SWZ – Załącznik nr 1 Formularz ofertowy, Zamawiający na potrzeby powyższego kryterium oceny ofert wymagał od wykonawców podania wartości procentowej oferowanego rabatu na zakup paliwa.

Zgodnie z Formularzem ofertowym:

11.W kryterium oceny ofert oferujemy:

- a) **rabat za zakup paliwa** ..... (wartość %)

Powyższe kryterium oceny ofert, jego opis, zasady punktacji jak również wymagana formuła procentowa co do podania informacji nt. oferowanego poziomu rabatu nie uległy modyfikacjom.

Ponadto w powyższym zakresie, Odwołujący nie wnosil ani o udzielenie wyjaśnień ani też modyfikacji SWZ.

Odwołujący zaoferował w formularzu ofertowym rabat za zakup paliwa w wysokości 5 % oraz zaoferował opłatę za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł netto za 1 km.

Przystępujący zaoferował w formularzu ofertowym rabat za zakup paliwa w wysokości 3,4 % oraz zaoferował opłatę za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł netto za 1 km.

W treści umowy - wzoru (stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ) w § 5 ust. 1 i 2 Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

- 1. Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy za każdy pełny miesiąc świadczenia usługi w wysokości i na zasadach określonych w niniejszej umowie.
- 2. Strony ustalają następujące stawki miesięczne najmu:
  - 1) czynsz za wynajem jednego samochodu, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 1, w wysokości ..... zł netto,

- 2) stawki miesięczne najmu, o których mowa w § 5 ust. 2 zawierają wszystkie podatki i opłaty, koszty związane z dostarczeniem i obsługą kart paliwowych, montażem, demontażem i abonamentem systemu monitoringu GPS, rejestracją i abonamentem RTV dla radioodbiorników stanowiących wyposażenie wszystkich samochodów. Stawki są stałe i niezmiennie przez cały okres trwania umowy, bez względu na liczbę szkód komunikacyjnych, współczynnik szkodowości, awaryjność samochodów, zmiany cen firm podwykonawczych, dostawców, itp.
- 3) Zamawiający nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów po zakończeniu najmu samochodów za wyjątkiem rozliczenia faktycznego przebiegu zgodnie z § 7 ust. 2.

### **Izba zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, na skutek bezzasadnego uznania, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony przez Zamawiającego jako manipulowanie cenami w celu uzyskania lepszej punktacji, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego została skalkulowana zgodnie z wytycznymi Zamawiającego, uwzględniając realia rynkowe oraz zysk Odwołującego, a także cena oferty Odwołującego nie jest niższa od ceny zaproponowanej przez innych oferentów, co wyklucza zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby zarzut nie został potwierdzony.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje że cała argumentacja Odwołującego podniesiona w odwołaniu, dotycząca trudności Odwołującego w przeliczeniu posiadanego kwotowego rabatu na paliwo, na wymagany przez Zamawiającego rabat procentowy,

dotyczy zapisów specyfikacji warunków zamówienia. Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, w terminie właściwym dla kwestionowanych zapisów specyfikacji, tj. w terminie 10 dni, od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, czego zaniechał.

Argumentacja podniesiona na obecnym etapie postępowania, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej, jest podniesiona z uchybieniem terminu na wniesienie odwołania, a zatem nie może zostać uwzględniona przez Izbę.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) (dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Natomiast według art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004 nr 2, poz. 26).

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto, że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008 nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5-17 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań,

które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 uznk. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji” jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie – kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1. (por. wyrok w sprawach połączonych z dnia 21 kwietnia 2017 r. KIO 679/17, KIO 680/17).

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, gdzie niewątpliwie mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 uznk, w ocenie Izby Odwoławczy dokonując obliczenia rabatu za paliwo, opartego na zastosowaniu własnego montażu finansowego (szczegółowo opisanego w wyjaśnieniach z dnia 12 sierpnia 2021 r.), uwzględnionego w pozycji „obsługa kart flotowych oraz rezerwa paliwowa” dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga, że wysokość oferowanego rabatu na paliwo, stanowiła jedno z kryterium oceny ofert. Kryterium oceny ofert należy rozumieć jako miernik będący podstawą oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwiający Zamawiającemu porównanie ofert oraz gwarantujący wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Aby Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty realnie najkorzystniejszej, dane podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, muszą zawierać informacje rzeczywiste, zgodne ze stanem faktycznym i zgodne z prawdą. Tylko wtedy Zamawiający będzie miał możliwość dokonania rzeczywistego wartościowania poszczególnych, elementów podlegających ocenie.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wyjaśniając istotę rabatu na paliwo, w przypadku gdy wykonawcy przysługuje rabat określony w wartościach procentowych, zaoferowany w postępowaniu Zamawiającemu stały rabat na okres realizacji zamówienia (36 miesięcy) gwarantuje realne obniżenie kosztów eksploatacji pojazdów przez Zamawiającego, co było istotą i celem ustanowionego kryterium. Zmiany cen paliw pozostają w przypadku rabatu procentowego bez wpływu na poziom dostępnego Zamawiającemu rabatu.

Odwołujący, poprzez własną inżynierię finansową w zakresie konstrukcji rabatu za paliwo, którego wysokość podlegała ocenie w ramach kryterium oceny ofert i miała bezpośredni wpływ na ranking wykonawców w postępowaniu, chciał uzyskać przewagę punktową, oferując zawyżoną wysokość rabatu za paliwo, którego nie posiadał w chwili składania ofert i którego nie był w stanie wykazać.

Odwołujący sam przyznał w wyjaśnieniach z 12 sierpnia 2021 r., iż zaoferował rabat w wysokości 5%, który jest znacznie wyższy od tego, który faktycznie uzyskał od dostawcy paliwa:

*Rabat ustalony jest kwotowo i wynosi on 0,12 zł netto (0,15 zł brutto) za litr paliwa. W związku z tym, ze względu na stałe zmiany cen paliw nie mam możliwości określenia wskaźnika procentowego uzyskanego rabatu. Przy obecnej cenie oleju napędowego (5,45 zł brutto) rabat wynosi 2,71 % ale przy cenie z maja 2020 roku (4 zł) wynosi 3,69 %.*

Również w treści odwołania Odwołujący potwierdził, iż zaoferowana wysokość rabatu na paliwo nie odpowiada faktycznej wysokości posiadanego rabatu:

*przysługujący odwołującemu rabat w wysokości 12 groszy na przestrzeni ostatnich lat 12 miesięcy przekładał się na rabat procentowy w wysokości od 2,71 % do 4 % w zależności od aktualnych cen paliw. Jeżeli odwołującemu nie przysługuje rabat procentowy a rabat kwotowy to w jako sposób ma dokonać przeliczenia na rabat procentowy?*

Powyższe wyjaśnienia, (choć wewnętrznie sprzeczne co do wysokości posiadanego rabatu i braku możliwości przeliczenia go na wartości procentowe pomimo, że Odwołujący dokonał takiego przeliczenia) jednoznacznie potwierdzają, że Odwołujący nie posiada możliwości zaoferowania 5 % rabatu na paliwo, a także że, zaoferowany rabat nie został skalkulowany w oparciu o realia rynkowe.

Zatem Odwołujący zaoferował rabat na paliwo w wysokości, która nie odpowiada rzeczywistej wysokości posiadanego rabatu. Natomiast w ofercie winna zostać wskazana rzeczywista wartość posiadanego rabatu, wyrażona w procentach.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 6 listopada 2017 r. Sygn. akt XII Ga 739/17 orzekł: „KIO prawidłowo w konsekwencji uznała, iż skarżący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które narusza interes innego przedsiębiorcy, polegającego na manipulacji ceną, która stanowiła element kryterium oceny ofert w postępowaniu. Skalkulowanie ceny w sposób odmienny od warunków rynkowych powoduje niewątpliwie naruszenie interesów

innych przedsiębiorców, którzy wyceniają swoje usługi, odnosząc się do realnych kosztów, a tym samym tacy przedsiębiorcy, nie mogą realnie konkurować z wykonawcą (skarżącym)”.

Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym *mając na względzie fakt, że przedmiotowe kryterium oceny musi mieć swoje źródło i uzasadnienie ekonomiczne w posiadanym przez wykonawcę rabacie procentowym w przetargu konkretnej i stałej dla całego etapu realizacji dystrybutora paliw, zaoferowanie zamówienia wartości procentowej rabatu, która wykracza poza faktycznie dostępny poziom rabatu musiało mieć tylko jeden cel jakim jest uzyskanie dodatkowej, nienależnej punktacji w kryterium oceny ofert. Uwzględniając samodzielny charakter kryterium oceny ofert „Cena za najem” i „Rabat na zakup paliwa” za absolutnie niedozwolone uznać należy przenoszenie faktycznych kosztów zaoferowania podwyższonego i niedostępnego wykonawcy poziomu procentowego rabatu na paliwa, w koszty czynszu najmu samochodów.*

Odwołujący dopuścił się w niniejszym postępowaniu do tzw. manipulacji wysokością oferowanego rabatu, poprzez nieuprawnione przeniesienie i rozliczenie kosztów przyznanego rabatu na paliwo do innych kosztów związanych z realizacją całej umowy, co wprost wynika z wyjaśnień Wykonawcy z dnia 12 sierpnia 2021 r. W rzeczywistości, Zamawiający w ramach kryterium – Rabatu na paliwo - nie oceniał oferowanego mu rabatu, lecz sztucznie wyliczoną wartość procentową, która z faktyczną wysokością rabatu, który oferuje Odwołujący ma niewiele wspólnego. Odwołujący, poprzez swoje nieuprawnione działanie wpłynął na końcową punktację wykonawców w rankingu ofert – w ramach której uplasował się na pierwszym miejscu, w celu uzyskania nieuprawnionej przewagi punktowej. Jednocześnie Odwołujący utrudnił pozostałym wykonawcom dostęp do rynku, co w ocenie Izby obejmowało także czynności mające na celu utrudnienie dostępu do przedmiotowego zamówienia, a które miały miejsce w rozstrzyganej sprawie.

Manipulacja taka z kolei, znalazła odzwierciedlenie w ocenie całkowitej oferty i miała bezpośrednie przełożenie na wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podsumowując w ocenie składu orzekającego, Odwołujący oferując wysokość rabatu na paliwo poprzez uwzględnienie jego kosztów w pozycji „obsługa kart flotowych oraz rezerwa paliwowa” dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zatem zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Odwołujący dokonując własnego montażu finansowego, do którego nie był uprawniony, zawyżył wartość oferowanego rabatu na paliwo, ocenianego i punktowanego w ramach kryterium oceny ofert. W wyniku tego działania Odwołujący w ramach kryterium rabat na zakup paliwa otrzymał najwyższą ilość punktów,



co spowodowało że uzyskał nieuzasadnioną przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Powyższe działanie, zdaniem składu orzekającego, wypełniało przesłanki określone w art. 3 ust. 1 uznk., tj. było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagrażało interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającemu.

Ponadto jak wskazał Zamawiający w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 sierpnia 2021 r. *manipulowanie ceną oferty w celu uzyskania korzystnej punktacji ma istotne znaczenie także na etapie wykonania umowy. Zamawiający oczekuje realizacji zamówienia na podstawie faktycznych i rynkowych wartości oferowanych usług. Wysokość środków finansowych poniesionych przez Zamawiającego na zakup paliwa jest uzależniona od faktycznego użytkowania samochodów (przebiegu km) i rozliczenie kosztów poniesionych na zakup paliwa winna być realizowana na podstawie faktycznych wartości (rynkowe stawki usługi, w tym przy uwzględnianiu wysokości udzielonego rabatu na paliwo). Sztuczne przerzucanie przez Wykonawcę kosztów do zakresu zadań związanych z realizacją innej usługi powoduje, że Zamawiający traci kontrolę nad rozliczeniem umowy a wysokość udzielonego rabatu na paliwo realnie wpływa na koszty ponoszone przez Zamawiającego i pozwala je monitorować.*

*Zakup paliwa to istotny składnik ceny oferty (około 1/3 wartości zamówienia), który kształtuje koszty ponoszone przez Zamawiającego, a w zestawieniu z wysokością upustu od cen detalicznych oferowanych na stacjach paliw, przekłada się na późniejsze faktyczne rozliczenie umowy. Praktyka przerzucenia kosztów powoduje, że jeśli Zamawiający nie wyjeździ zakładanej ilości paliwa, to i tak poniesie częściowe koszty upustu, które zapłaci w ramach stałego abonamentu na najem pojazdu. Tym samym Wykonawca każdorazowo wzbogaci się o część kwoty upustu, którego ostatecznie nie udzieli, jeśli Zamawiający nie wykorzysta pełnej puli paliwa.*

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

W zakresie rzutu naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców oraz działanie niezapewniające prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji, skutkujące zaniechaniem wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących: opłaty za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł netto za kilometr, która jest rażąco zaniżona w stosunku do stawek rynkowych (ok. 95%), co jest oferowaniem usługi poniżej kosztów nabycia, a przy tym wskaźnik opłaty za nadprzebieg jest niższy o ponad 30 % od średniej arytmetycznej wskaźnika wskazanego przez pozostałych oferentów, oraz wysokości oferowanego rabatu na paliwo, albowiem rabat udzielony Wykonawcy jest analogiczny jak upust udzielony Zamawiającemu, nie uwzględniając przy tym kosztów jakie Wykonawca poniesie m.in.

w związku z obsługą kart paliwowych, co może prowadzić do powstania straty finansowej po stronie Wykonawcy, w ocenie Izby zarzut nie został potwierdzony.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Natomiast zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odnosząc się do zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień zaoferowanej opłaty za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł za km, zdaniem Izby nie zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie *celem kryterium oceny była minimalizacja kosztów opłat z tytułu nadprzebiegu tak aby w przypadku gdyby jednak takie przekroczenia nastąpiły Zamawiający nie ponosił znacząco wyższych kosztów takich dodatkowych przebiegów. Zamawiający potwierdza, że uwzględniając dane historyczne w zakresie przebiegów eksploatowanych aut (do których Odwołujący miałby dostęp jeśli wyraziłby takie zainteresowanie na etapie ofertowania czego jednak zaniechał) kryterium stanowiło wyłącznie środek do obniżenia kosztów, które całkowicie teoretycznie mógłby ponieść Zamawiający. Mechanizm kryterium oceny ofert miał stanowić dla wykonawców charakter stymulujący do obniżania tych kosztów.*

Zamawiający, na potrzeby ustalenia szacunkowej wartości zamówienia dokonał rozeznania rynku, w wyniku którego uzyskał informacje, iż opłata za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł za przekroczenie wskazanego w SWZ limitu kilometrów jest wartością, oferowaną przez wykonawców, w innych analogicznych postępowaniach. Taką okoliczność podnosił również Przystępujący, na co złożył dowody, w postaci zestawienia analogicznych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, w których wykonawcy oferowali opłaty za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł (w jednym przypadku 0,08 zł).

Co więcej, o realnym i rynkowym charakterze opłaty za nadprzebieg może świadczyć tożsama wartość w wysokości 0,01 zł netto za 1 km nadprzebiegu zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego i Przystępującego.

Jak wynika z zapisów SWZ, wysokość opłaty za nadprzebieg podlegała ocenie i punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Zamawiający w ramach opisu dla tego kryterium dopuszczał możliwość podania opłaty w wysokości 0,00 gr, w takim przypadku do wyliczeń miała zostać przyjęta wartość 0,001 PLN. Wskazuje to, iż Zamawiający realnie brał pod uwagę możliwość zaoferowania w pozycji opłata za nadprzebieg wartości 0,00 zł. Wykonawcy mieli prawo zakładać, iż nadprzebieg nie wystąpi, stąd kalkulacja opłat za nadprzebieg na minimalnym poziomie była w pełni uzasadniona. Ponadto, zgodnie z zapisami umowy § 7 ust. 2 faktyczną podstawą rozliczenia nadprzebiegów będą dopiero przekroczenia określonego w SWZ przebiegu o ponad 10%.

Za niezasadny i nieporównywalny do rozpoznawanego stanu faktycznego Izba uznała dowód nr 24 – „24. Kontrakt nr K01R21-07000395” w postaci umowy wynajmu 1 sztuki auta dla klienta indywidualnego – osoby fizycznej. Warunki umowy dla klienta indywidualnego dla 1 sztuki samochodu przyjęte na poziomie 0,4723 zł netto za kilometr nadprzebiegu są nieporównywalne z umową zawieraną z instytucją publiczną, która charakteryzuje się inną specyfiką (np. wynajem ponad 200 samochodów jak w przedmiotowym postępowaniu) i innymi zasadami rozliczenia.

Jak wskazał Zamawiający, Przystępujący aktualnie realizuje analogiczną umowę z Zamawiającym i znane są mu zarówno realia wykonywania zamówienia, specyfika zamówienia jak również dysponuje on szczegółowymi danymi dotyczącymi statystyk przebiegów pojazdów. Te dane pozwoliły Przystępującemu realnie oszacować ryzyko i wycenić je w ofercie. Skoro Przystępujący, mający dostęp do ww. informacji wycenił opłatę za nadprzebieg na poziomie 0,01 zł, tak samo jak wycenił tą opłatę Odwołujący, to niezasadne jest twierdzenie Odwołującego o rażąco zaniżonej wycenie opłaty za nadprzebieg, w stosunku do stawek rynkowych. Takiemu stanowisku przeczą również dowody złożone przez Przystępującego oraz rozeznanie rynku przeprowadzone przez Zamawiającego.

Odwołujący podnosił, iż stawki rynkowe, odzwierciedlające rzeczywisty koszt związany z wyższym przebiegiem, wahają się od 0,20 do 0,55 zł netto za kilometr, jednak na tą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów. Sam fakt, iż jeden z wykonawców zaoferował opłatę za nadprzebieg w wysokości 0,17 zł i 0,19 zł nie dowodzi, że wysokość opłaty za nadprzebieg zaoferowana w ofercie Odwołującego i Przystępującego została

skalkulowana w sposób nierynkowy. Ponadto podczas rozprawy sam Odwołujący oświadczył, że zaoferowana przez niego wysokość opłaty za nadprzebieg „nie jest oderwana od rzeczywistości”.

Za niezasadną Izba uznała również argumentację Odwołującego, dotyczącą oferowania przez Przystępującego usługi w postaci stawki za nadprzebieg poniżej kosztów jej nabycia.

Odwołujący opiera swoje wyliczenia dotyczące wysokości zrealizowanego nadprzebiegu, przyjmując niczym nieuzasadnione założenie, że pojazd wykona 130.000 km nadprzebiegu. Przyjęcie wartości 130.000 km nadprzebiegu nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania i stanowi niczym nie popartą hipotetyczną okoliczność, wytworzoną na potrzeby odwołania.

Ponadto, podczas rozprawy Przystępujący odniósł się do wyliczeń Odwołującego, wskazując ich błędne założenie, bowiem koszty serwisowania, koszty opon i ich wymiany, koszty obsługi klimatyzacji, wymiana piór wycieraczek czy klocków hamulcowych, należą do kosztów stałych i nie mają wpływu na wartość opłaty za nadprzebieg.

Powyższe, w ocenie Izby stanowiło podstawę do oceny przez Zamawiającego, iż zaoferowane opłaty za nadprzebieg w wysokości 0,01 zł zostały skalkulowane w sposób rynkowy, co w konsekwencji nie dawało podstawy do skierowania ani do Przystępującego ani do Odwołującego wezwania w zakresie wyjaśnień zaoferowanej opłaty za nadprzebieg.

Wobec powyższego, w przypadku gdy żaden z wykonawców nie został wezwany do wyjaśnienia tej wartości, nie mogło dojść do nierównego traktowania wykonawców, co potwierdza niezasadność zarzutu.

Ponadto, Izba podkreśla, że pomimo tego, że Odwołujący zaoferował wysokość opłaty za nadprzebieg w tej samej wysokości co Przystępujący, podczas rozprawy przyznał, iż podniesiona argumentacja zmierza do odrzucenia również i jego oferty na tej samej podstawie, celem doprowadzenia do unieważnienia postępowania. Takie działanie w ocenie Izby jest niedopuszczalne, bowiem opiera się wyłącznie na okolicznościach nie znajdujących potwierdzenia w rzeczywistości, w celu doprowadzenia do niezasadnego unieważnienia postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego uczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia wysokości rabatu na paliwo, który nie uwzględnia kosztów, jakie wykonawca poniesie m.in. w związku z obsługą kart paliwowych, które wygenerują stratę ponad 20.000 zł Izba wskazuje, iż również i ten zarzut nie został potwierdzony.

Wskazać należy, iż wysokość zaoferowanego rabatu w obu ofertach nie była analogiczna. Przystępujący zaoferował rabat, którego wysokość była zgodna rabatem wynikającym z rozeznania rynku dokonany przez Zamawiającego. Nie stanowiło to zatem podstawy do pojawienia się wątpliwości co do wysokości rabatu. W ofercie Odwołującego wysokość zaoferowanego rabatu na paliwo, znacznie odbiegała od wartości wynikających z rozeznania rynku, co uzasadniało wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oferowanej wysokości rabatu.

Ponadto, Odwołujący stawiając zarzut braku wyceny obsługi kart paliwowych w ramach rabatu na paliwo, wykazał się brakiem znajomości zapisów dokumentacji postępowania, bowiem zgodnie z zapisami § 5 ust. 2 pkt 2 umowy - wzoru (stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ) koszt kart paliwowych, należało ująć w kosztach stawek miesięcznego najmu. Jednocześnie zarzut dotyczący wygenerowania straty dotyczącej obsługi kart paliwowych w wysokości ponad 20.000 zł, nie został poparty żadną argumentacją i żadnymi dowodami, nie mógł zatem zostać uwzględniony przez Izbę.

Podsumowując, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wobec Przystępującego nie zaistniały wątpliwości uzasadniające skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanego rabatu na paliwo. Nie doszło zatem do naruszenia przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Analiza wysokości zaoferowanego rabatu za paliwo oraz opłaty za nadprzebieg zaoferowanych przez Przystępującego, oraz wyjaśnienia ich konstrukcji złożone podczas rozprawy, nie pozwalają na stwierdzenie, iż złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez dokonanie oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 239 Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odwołujący nie wykazał, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z uchybieniem kryteriów oceny ofert określonych dokumentach zamówienia.

Reasumując, należało orzec jak w sentencji.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....