

Sygn. akt: KIO 39/11

WYROK
z dnia 19 stycznia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie 18 stycznia 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego 7 stycznia 2011 roku przez Wykonawcę

POL - MOT Auto Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Felińskiego 2, 01-513 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest

Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ulicy Odlewniczej 8, 03-231 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ulicy Odlewniczej 8, 03-231 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **POL - MOT Auto Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Felińskiego 2, 01-513 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ulicy Odlewniczej 8, 03-231 Warszawa** na rzecz **POL - MOT Auto Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Felińskiego 2, 01-513 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Warszawie z siedzibą w Warszawie przy ulicy Odlewniczej 8, 03-231 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Samochody osobowe – wybór wykonawcy najmu dla Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Warszawie*” sprawa nr A-Zp/42/10 opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 listopada 2010 roku pod numerem ogłoszenia 2010/S 217-332885.

7 stycznia 2011 roku Odwołujący - POL - MOT Auto Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Felińskiego 2, 01-513 Warszawa - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od naruszenia przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Bemo Motors Sp.z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej wysokość,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Bemo Motors Sp.z o.o., a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Bemo Motors Sp.z o.o., zawierającej rażąco niską cenę,
- art. 91 ust. 1 pzp - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Bemo Motors Sp.z o.o.
- powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi odrzucenie oferty wykonawcy Bemo Motors Sp.z o.o.,
- powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert, w następstwie czego za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

Wnoszący odwołanie posiada interes w złożeniu odwołania, bowiem złożona przez Odwołującego ważna oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo. Zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Berno Motors Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp, a zatem wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić z pominięciem oferty wykonawcy Berno Motors Sp. z o.o.. Na skutek zaniechania przez Zamawiającego czynności wskazanych powyżej interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, iż stosowanie do pkt III ust. 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest:

- najem bez limitu kilometrów 45 sztuk samochodów osobowych z pakietem ubezpieczeń OC/AC/NNW/Assistance przeznaczonych do egzaminowania na kategorię B prawa jazdy,
- najem bez limitu kilometrów 1 samochodu osobowego z pakietem ubezpieczeń OC/AC/NNW/Assistance przeznaczonego do egzaminowania na kategorię B + E prawa jazdy oraz do wykorzystywania w celach służbowych przez Zamawiającego,
- najem bez limitu kilometrów 1 samochodu osobowego z pakietem ubezpieczeń OC/AC/NNW/Assistance przeznaczonego do wykorzystywania w celach służbowych przez Zamawiającego.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego ma być zawarta na 4 lata, licząc od dnia dostawy ostatniego samochodu.

Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena (100%). W pkt XIII SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), Zamawiający podał, iż przy kalkulacji ceny oferty powinny zostać uwzględnione wszystkie koszty, które poniesie wykonawca w związku z realizacją zamówienia, zgodnie z zakresem zamówienia określonym w SIWZ i postanowieniami wzoru umowy, w tym w szczególności:

- koszt wynajmu samochodów,
- koszt transportu do miejsca wskazanego przez zamawiającego,
- koszt montażu i demontażu urządzeń rejestrujących,
- koszt wszelkich załadunków i rozładunków,
- podatek od towarów i usług.

Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego oszacowana na kwotę netto 743.443,00 zł. co stanowi równowartość 193.655,38 euro, a więc przekracza kwoty, o których mowa w rozporządzeniu wydanym na podstawie delegacji ustawowej, o której mowa w art. 11 ust. 8 Pzp.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 16 grudnia 2010 roku w postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

- Odwołującego z ceną brutto 893.040,00 zł,
- wykonawcę Toyota Marki Fleet Management Sp. z o.o. Spółka komandytowa z ceną brutto 1.788.656,64 zł, oraz
- wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. z ceną 2.752,32 zł brutto.

Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 910.000,00 zł brutto.

W dniu 3 stycznia 2011 r. zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu. Oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. zawiera cenę rażąco niską i powinna zostać, w ocenie Odwołującego, odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez Zamawiającego. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego, cena oferty wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o., uznanej w postępowaniu za najkorzystniejszą jest ceną nierealistyczną, znacząco i wyraźnie odbiegającą od innych ofert złożonych w postępowaniu oraz od cen rynkowych. Wykonawca Bemo Motors Sp. z o.o. w złożonej ofercie na 1 zł netto wycenił cenę jednostkową miesięcznego najmu zaoferowanych samochodów wraz z pakietem ubezpieczeń OC/AC/NNW/Assistance, a cena całkowita zaoferowanej przez niego oferty wyniosła zaledwie 2.752.32 zł brutto. Cena zaoferowana w ofercie wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o. w wysokości 2.752,32 zł brutto stanowi zaledwie:

- 0,37% wartości szacunkowej zamówienia,

- 0,3024% kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia,
- 0,3081% ceny oferty brutto zaoferowanej przez Odwołującego,
- 0,15% ceny oferty brutto zaoferowanej przez wykonawcę Toyota Marki Fleet Management Sp. z o.o. Spółka komandytowa.

Zadaniem Odwołującego wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia w kwocie 2.752,32 zł brutto uniemożliwi wykonawcy osiągnięcie jakiegokolwiek zysku oraz jest całkowicie nierentowne i oderwane od realiów rynkowych.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż przy cenie netto oferowanego samochodu w wysokości 35853,66 zł, oferowana cena za wynajem tego samochodu kształtuje się w granicach 284 zł netto miesięcznie. Na powyższą cenę składa się ubezpieczenie w wysokości 101,99 zł, serwis w wysokości 75,65 zł. Pozostała kwota w wysokości 106,36 zł pokrywa 24% miesięcznej amortyzacji. 76% amortyzacji zostanie pokryte z przyszłych dochodów w drugim, trzecim i czwartym roku kiedy ten samochód będzie funkcjonował jako samochód zastępczy w naszych serwisach. Zdaniem Odwołującego, uwzględniając powyższą kalkulację należy wskazać, iż średni przychód z serwisowania z tytułu wynajętego samochodu będzie wynosił około 1200 zł netto miesięcznie. Tylko taka kalkulacja składająca się na cenę całkowitą oferty zapewni wykonawcy rentowność przedsięwzięcia oraz minimalny zysk. Tymczasem Zamawiający uznając ofertę złożoną przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. oferującego wykonanie przedmiotu zamówienia za „symboliczną złotówkę” (dodatkowo pomnożoną przez czas trwania umowy, tj. 48 miesięcy, liczbę samochodów oraz przy uwzględnieniu podatku VAT, co łącznie dało rażąco niską cenę całkowitą oferty w wysokości 2.752,32 zł brutto) spowodował, iż jakakolwiek konkurencja w niniejszym postępowaniu była iluzoryczna. Zamawiający powinien był wszcząć postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, w celu ustalenia czy oferta wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę. Zdaniem Odwołującego, uwzględniając realia rynkowe odnoszące się do w specyfiki przedmiotu zamówienia, jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o. w zakresie zaoferowanej przez niego ceny, nie mogłyby stanowić podstawy zaakceptowania przez zamawiającego ceny brutto w wysokości 2.752,32 zł, a tym bardziej uznania za najkorzystniejszą oferty z tak abstrakcyjną ceną. Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest bowiem wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego, od lat działającego profesjonalnie w branży samochodowej, skalkulowanie ceny za wynajem 47 samochodów przez okres 48 miesięcy z pakietem ubezpieczeń OC/AC/NNW/Assistance w wysokości 2.752,32 zł brutto jest nierealne. Sam

koszt miesięcznego ubezpieczenia takiego samochodu wynosi ponad 100 zł, więc Zamawiający nie powinien bezwarunkowo i bezkrytycznie przyjąć zaoferowanej przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. ceny oferty.

Ponadto, odnosząc się do konsekwencji uznania w niniejszym postępowaniu za najkorzystniejszą oferty zawierającej rażąco niską cenę, należy zwrócić uwagę na regulację § 6 ust. 1 projektu umowy (stanowiącego Załącznik nr 6 do SIWZ), w świetle którego wykonawca zapłaci kary umowne za każdy rozpoczęty dzień braku możliwości korzystania przez Zamawiającego z któregośkolwiek samochodu z przyczyny niezawinionej przez Zamawiającego w wysokości 10% miesięcznej stawki czynszu samochodu. Biorąc pod uwagę cenę brutto zaoferowanej oferty w wysokości 2.752,32 zł, potencjalna kara umowna naliczana w okolicznościach przewidzianych w umowie byłaby drastycznie niska i w żaden sposób nie spełniałaby przewidzianej przez stosowne przepisy prawa cywilnego funkcji odszkodowawczej. Jednocześnie naliczanie kary umownej od zaoferowanej przez wykonawcę miesięcznej stawki czynszu najmu na nieprawdopodobnie niskim poziomie spowodowałoby uszczerpienie przychodów Skarbu Państwa z tytułu naliczonego od zaoferowanej przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. podatku VAT. Powyższe nie może pozostawać bez znaczenia dla oceny wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Wszakże sama oszacowana przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 743.443,00 zł na podstawie dotychczasowych kosztów zwiększonych o wskaźnik inflacji i zwiększonych wymagań stawianych wykonawcy, przemawia za niemożnością zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę wynoszącą zaledwie 0,37% tej kwoty.

Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o. z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zaniechanie odrzucenia ww. oferty miało wpływ na wynik postępowania, albowiem oferta złożona przez tego wykonawcę została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podnosi jednocześnie, iż złożenie przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. oferta z ceną 2.752,32 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi w pkt 1 - 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. W ocenie Odwołującego nie można uznać, aby wykonawca Bemo Motors Sp. z o.o. ponosił koszty związane z realizacją zamówienia na nierealnym poziomie kwoty 2.752,32 zł przez 4 lata obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Cena oferty tego wykonawcy została ustalona poniżej kosztów własnych, gdyż niemożliwe jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia za tak drastycznie niską cenę. Jednocześnie, mając na uwadze, iż nieodzownym warunkiem działania za czyn nieuczciwej konkurencji jest wykazanie, że wykonawca Bemo Motors Sp. z o.o. miał na celu utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, wskazuję, iż takie ukształtowanie ceny przez tego wykonawcę spowodowało nieuczciwą grę rynkową w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co utrudniło Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż wybór jako najkorzystniejszej oferty z ceną 2.752,32 zł spowoduje, iż wszystkie szkoły nauki jazdy będą nabywać samochody zaoferowane w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o., co spowoduje faktyczną monopolizację tego wykonawcy na rynku samochodów do nauki jazdy. Powyższe dowodzi utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez wykonawcę Bemo Motors Sp. z o.o. i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę ww. wykonawcy również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 7 stycznia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, oraz pismo Zamawiającego z 18 stycznia 2011 roku stanowiące odpowiedź na odwołanie, które zostało złożone na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* - do odrzucenia oferty, gdy ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednocześnie ustawa nie wprowadza definicji pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Brak zdefiniowania tego pojęcia a także brak możliwości wywnioskowania jednolitych zasad, kryteriów takiej oceny na podstawie orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż każdy przypadek Zamawiający zobowiązani są oceniać indywidualnie, w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia.

Sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, wynikającą z regulacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień o czym stanowi art. 90 ustawy - *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*. Ustawodawca nie określił przesłanek jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny. 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 (porównaj: 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). Zgodnie z obowiązującym stanem prawnym to Zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 333/08).

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy - *Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*- poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Bemo Motors Sp.z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej wysokość, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. Zamawiający pismem z 20 grudnia 2010 roku zwrócił się do wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień w trybie artykułu 90 ust. 1 ustawy. Wykonawca Bemo Motors Sp. z o.o., w odpowiedzi, pismem z 23 grudnia 2010 roku złożył w tym dniu wyjaśnienia.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Bemo Motors Sp.z o.o., zawierającej rażąco niską cenę, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy cena rażąco niska określana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia – czyli konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy badać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia – badamy „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”.

Pomocną w zakresie badania czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską będzie ukształtowana przez doktrynę wykładnia sformułowana w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie czytamy, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi”. Próba dookreślenia tegoż pojęcia znalazła również odzwierciedlenie w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych. „O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę” (Sąd Okręgowy w Katowicach w Wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08)” czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). „Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07). „Rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości” (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07).

Uwzględniając, iż w rozpoznawanej sprawie wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę netto 743.443,00 zł. (na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 910.000,00 zł brutto) oraz zostały złożone następujące oferty w postępowaniu: oferta Odwołującego z ceną brutto 893 040,00 zł, oferta złożona przez wykonawcę Toyota Marki Fleet Management Sp. z o.o. Spółka komandytowa z ceną brutto 1 788 656,64 zł, oraz oferta wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o. z ceną

2 752,32 zł brutto, Izba uznała za właściwe postępowanie Zamawiającego i wezwanie wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W piśmie tym Zamawiający podniósł, iż *„Wątpliwości Zamawiającego budzi fakt podania ceny jednostkowej netto miesięcznego najmu w wysokości 1 zł.”*

W wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę Bemo Polska Sp. z o.o. 23 grudnia 2010 roku czytamy, iż *„(...) wyjaśniamy, iż udało nam się wynegocjować z Suzuki Motor Poland (dalej: SMP) specjalne warunki na Państwa przetarg (...). Warunki te obejmują rabat na samochody wynajmowane dla WORD oraz samochody zastępcze, który to rabat wystarczy na pokrycie wszelkich kosztów wynajmu – także aut z zadania 2 i 3 niniejszego przetargu przy jednoczesnym finansowaniu przez cały okres trwania umowy. Różnica pomiędzy wartością rezydualną Suzuki Swift po 8-11 miesiącach eksploatacji, a ceną zakupu nowego auta zaproponowaną przez SMP pozwala nam na pokrycie wszelkich kosztów realizacji kontraktu oraz zapewnia nam marżę. Ponieważ SMP będzie finansować te auta przez cały okres wynajmu pozostają do pokrycia koszty ubezpieczenia, doposażenia w instalacje do podłączenia rejestratorów video, dodatkowego wyposażania typowego dla aut do nauki jazdy, serwisu, opon zimowych oraz w przypadku 2 samochodów z zadania 2 i 3 utraty wartości, ubezpieczenia, opon zimowych i serwisu oraz doposażenie samochodu z zadania 2 w elementy umożliwiające przeprowadzenie egzaminów. (...).”*

Cena zaoferowana przez wykonawcy Bemo Polska Sp. z o.o. (2 752,32 zł brutto) za realizację przedmiotu zamówienia jest ceną nierealistyczną, niewiarygodną i oderwaną całkowicie od realiów rynkowych. Zgodnie z art. 90 ust. 3 *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*, natomiast zgodnie z art. 89 ust 2 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Ustawodawca w art. 90 ust 2 ustawy wskazał przykładowo, bowiem nie jest to katalog zamknięty, obiektywne czynniki mogące mieć wpływ na kalkulację ceny przez wykonawcę, które Zamawiający bierze pod uwagę dokonując oceny wyjaśnień. Niewątpliwie, czynniki jakie mogą mieć wpływ na kalkulację ceny oferty będą różne dla różnych zamówień oraz będą zawsze kreowane przez wykonawców składających wyjaśnienia, bowiem to właśnie wykonawcy ci będą każdorazowo wskazywać te elementy oferty, które były podstawą wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny oraz będą odwoływali się do czynników zewnętrznych jakie miały wpływ na taką kalkulację oferty. Niezależnie od zastosowanych obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, to właśnie zaoferowana

przez wykonawcę w ofercie cena powinna pokrywać koszty realizacji zamówienia. Złożone wyjaśnienia wykonawcy Bemo Polska Sp. z o.o. wskazują jednoznacznie, iż pokrycie kosztów realizacji usługi nie nastąpi z kwoty jaką zaoferował wykonawca w ofercie lecz pokrycie tych kosztów nastąpi z kwoty jaką wykonawca ten uzyska z różnicy pomiędzy wartością rezydualną samochodu Suzuki Swift po 8-11 miesiącach eksploatacji, a ceną zakupu nowego auta zaproponowaną przez SMP uwzględniającą rabat. Zamawiający w przedmiotowej sprawie dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Bemo Polska Sp. z o.o., natomiast nie dokonał oceny zaoferowanej przez niego ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie oceni rzeczywistej relacji świadczenia pieniężnego do świadczenia niepieniężnego, co w konsekwencji spowodowało, iż nie odrzucił oferty Bemo Polska Sp. z o.o. z postępowania pomimo spełniania przesłanek odrzucenia tej oferty.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 4) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Bemo Motors Sp. z o.o., a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Izba wskazuje, iż to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia podnoszonych przez niego zarzutów, bowiem *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Zgodnie z art. 14 ustawy w związku z art. 6 KC - *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że 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. Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje zatem wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia,

przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warto zauważyć, że warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją (porównaj: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r. sygn. akt I ACa 231/07). Izba podnosi, że Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zaistnienie przesłanek, o których mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ograniczył się jedynie do wykazywania, że złożenie oferty przez wykonawcę Bemo Polska Sp. z o.o. z ceną 2 752,32 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym należy zatem uznać, że nie wykazał Odwołujący zaistnienia przesłanek niezbędnych dla przyjęcia, iż złożenie oferty przez wykonawcę Bemo Polska Sp. z o.o. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Rozpoznając zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy- *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy, Izba uznała, iż odwołanie w tym zakresie nie podlega uwzględnieniu. Na podstawie art. 91 ust.1 ustawy ustawodawca nakłada na Zamawiającego obowiązek wyboru oferty w oparciu o kryteria jakie zostały przez Zamawiającego ukształtowane w SIWZ. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał wyboru oferty stosując ukształtowane kryteria, nie wprowadził innych kryteriów oraz nie zmodyfikował znaczenia obowiązujących w tym postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty, oświadczenia i dokumenty zostaną ocenione na podstawie wymagań zawartych w Specyfikacji oraz obowiązujących aktach prawnych. Tym samym Izba uznała, że ocena oferty wykonawcy Bemo Motors Sp. z o.o.z siedzibą w Poznaniu dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowa. Uwzględniając powyższe

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia tej oferty z postępowania, pomimo, że zaoferowana w niej cena jest ceną rażąco niską.

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

