

Sygn. akt: KIO/UZP 765/08

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Renata Tubisz
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LISOWSKI Sp. z o.o., ANTONI ŁYKO Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 24, 30-570 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Małopolski Ośrodek Ruchu Drogowego w Krakowie, ul. Nowohucka 33a, 30- 728 Kraków** protestu z dnia 7 lipca 2008r.

przy udziale wykonawcy **Inter Car Nowak Sp. z o.o., ul. Zakopiańska 167, 30-435 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LISOWSKI Sp. z o.o., ANTONI ŁYKO Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 24, 30-570 Kraków i nakazuje:

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

- z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LISOWSKI Sp. z o.o., ANTONI ŁYKO Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 24, 30-570 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LISOWSKI Sp. z o.o., ANTONI ŁYKO Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 24, 30-570 Kraków** na rzecz **Małopolskiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Krakowie, ul. Nowohucka 33a, 30- 728 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LISOWSKI Sp. z o.o., ANTONI ŁYKO Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 24, 30-570 Kraków.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę 34 nowych samochodów osobowych do egzaminowania na kat. B, 1 samochodu do egzaminowania na kat. E do B, systemu rejestracji egzaminów do 36 samochodów, w tym 34 zestawów zamontowanych w samochodach na kategorię B, 1 zestawu gotowego do zamontowania w dowolnym pojeździe i 1 zestawu rezerwowego, z przejęciem 26 używanych pojazdów Chevrolet Aveo wyposażonych w system rejestracji wideo” w dniu 01.07.2008r. Zamawiający – Małopolski Ośrodek Ruchu Drogowego poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. (dalej również Inter Car) z cenę brutto 592 543,17 zł.

W dniu 08.07.2008r., pismem z dnia 07.07.2008r., Odwołujący wniósł protest na tą czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 4, 90 ust. 2 i 3, 89 ust. 1 pkt 3** w związku z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, **art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp .

Wniósł o uwzględnienie protestu w całości poprzez unieważnienie wyboru oferty Inter Car Nowak Sp. z o.o. i ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności, że Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę tego wykonawcy

Wskazał, że interes prawny Odwołującego polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia protestu i w konsekwencji odrzucenia oferty Inter Car, ma szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie, gdyż jako jedyny złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący, odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Inter Car, wskazał, że z porównania szacunkowej wartości zamówienia podanej przez Zamawiającego – 1 565 573, 77 zł (bez VAT) oraz ceny netto zawartej w ofercie Inter Car – 485 691,12 zł wynika, że oferent ten zaproponował cenę stanowiącą ok. 31% szacunkowej wartości zamówienia. Podniósł, że z samych wyjaśnień Inter Car wynika, że zaproponowana cena nie jest racjonalna i uzasadniona. Zaproponowana cena jednostkowa samochodu, tj. 33 611,00 zł odbiega od realnych cen katalogowych, tj. 55 100,00 zł i w warunkach wolnorynkowych nie jest możliwa. Nadto podniósł, że uwzględnienie zaproponowanej przez Inter Car premii reklamowej w wysokości 3 570,44 zł na każdy samochód oznacza, że rzeczywista wartość sprzedaży samochodu będzie wynosić 54,5%.

Odwołujący podał także, że z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) wynika, że po 23 lub 24 miesiącach oferent będzie zobowiązany do wymiany dostarczonych uprzednio 34 samochodów na nowe identyczne samochody, co oznacza, że w ramach tego zamówienia de facto znajdują się dwie dostawy identycznej partii samochodów. W ocenie Odwołującego Inter Car pominął w swoich wyliczeniach koszty wymiany, a także koszty wymiany zestawów dodatkowych pedałów (demontaż pedałów i ich ponowna instalacja w samochodach II dostawy, ze względu na montaż pedałów w 34 samochodach trwający, wg wyjaśnień Inter Car, 4 – 7 dni oraz konieczność udzielenia gwarancji na 5 lata nie jest możliwy).

Odwołujący podniósł nadto, że Inter Car:

1. podał niewiarygodne koszty przeglądów za samochodu egzaminacyjnego Chevrolet Captiva tj. 235,76 zł. Tymczasem z wyliczeń samego Inter Car wynika, że koszty przeglądów w okresie dwuletnim wynoszą co najmniej 739 zł, a przecież koszty te będą wykonywana przez 4 lata,
2. zaniżył koszty przeglądów Toyoty Yaris, ponieważ cena 324,28 zł za samochód nie uwzględnia kosztów robocizny, a jedynie wymianę substancji oraz części,
3. pominął przy II wymianie koszty związane z możliwością nieuzyskania premii od Toyota Motor Poland (150 000,00 zł), a tym samym brak gwarancji, że oferent będzie mógł dostarczyć samochody II dostawy z dodatkowym upustem reklamowym

w wysokości 3 570,44 zł na każdy samochód. Nieuzyskanie takiej premii będzie oznaczało konieczność dokonania przez Inter Car na rzecz Zamawiającego darowizny bądź wykonanie zamówienia w nienależyty sposób,

4. nie uwzględnił kosztów związanych z dostawą tablic „L” z podświetleniem (180 zł netto / sztukę).

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że podana przez Inter Car cena nie obejmuje przedmiotu zamówienia.

Wątpliwości Odwołującego wzbudziło również wyliczenie wartości samochodów odkupowanych od Zamawiającego, ponieważ w większości przypadków wskazano ceny wyższe niż wartość wyliczona przez rzeczoznawcę oraz znacznie wyższe od wartości wyliczonej przez system Infoexpert. Odwołujący podkreślił, że wartość rynkowa samochodów wykorzystywanych do celów szkoleniowych bądź egzaminacyjnych jest z reguły znacznie niższa od identycznych samochodów użytkowanych przez normalnych użytkowników, a nadto, że dostosowanie tych samochodów do normalnych parametrów wiąże się z dodatkowymi kosztami. Zwrócił także uwagę, że opinia rzeczoznawcy nie uwzględnia faktu, że samochody będą mogły zostać przejęte w IV kwartale 2008 roku, a do tego czasu będą użytkowane (uwzględniono dodatkowy okres użytkowania wynoszący 7 miesięcy). Powołuje się na wyniki przetargu, prowadzonego przez WORD w Lublinie z maja 2008 roku, w którym identyczne modele samochodów, o podobnym przebiegu osiągnęły poziom 15 – 16,5 tys. zł.

Odwołujący, odnośnie zarzutu nieuczciwej konkurencji, podniósł, że zgodnie z zasadami „Ogólnopolskiego Programu Sprzedaży Pojazdów dla Wojewódzkich Ośrodków Ruchu Drogowego” prowadzonego przez Toyota Motor Poland, na które powołuje się w wyjaśnieniach Inter Car, importer ten udziela upustu na sprzedaż do WORD-ów rabatu w wysokości 36%, jednak program ten nie obejmuje samochodów osobowych zakupowanych przez szkoły nauki jazdy. W ocenie Odwołującego program wprowadzony przez Toyota Motor Poland należy postrzegać jako porozumienie zawarte przez importera z dealerami, w tym z przedsiębiorstwem Inter Car Nowak Sp. z o.o., ponieważ dealerzy przyjmują warunki wskazane w programie i wykorzystują je w swojej działalności, celem uzyskania zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że rynkiem właściwym, z punktu widzenia tego porozumienia, jest rynek samochodów szkoleniowych, obejmujący w praktyce tylko ośrodki egzaminacyjne (jak Zamawiający) oraz szkoły nauki jazdy. Odwołujący, jako fakt powszechnie znany, podaje, że konkretne modele samochodów wykorzystywane przez WORD-y wypierają w krótkim czasie z rynku właściwego inne modele (bez względu na ich cenę), zaś uzyskanie zamówienia publicznego na dostawę samochodów dla Zamawiającego gwarantuje rynek zbytu na dużo większą liczbę identycznych zamówień dla szkół jazdy danego regionu. Wskazuje, że celem oferenta Inter Car w niniejszym postępowaniu była nie

tylko dostawa przedmiotu zamówienia, ale przede wszystkim uzyskanie rynku szkół nauki jazdy, którego zdobycie zrekompensuje straty związane z przedmiotowym zamówieniem (sprzedaż oferowana tym szkołom odbywa się po cenach rynkowych bądź nawet wyższych). Poprzez uzyskiwanie nie opartych o wyliczenia rynkowe upustów strony porozumienia – oferent, importer oraz pozostali dealerzy Towoty mogą wyeliminować wszystkich konkurentów z rynku właściwego – rynku samochodów szkoleniowych na terenie całej Polski, co narusza konkurencję.

Złożenie oferty przez Inter Car kwalifikuje się jako utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności w aspekcie sprzedaży towarów poniżej kosztów ich zakupu. Niedopuszczalnym, w ocenie Odwołującego, jest przekazywanie środków uzyskanych od importera z przeznaczeniem na cele reklamowe dla wykorzystania obniżenia ceny ofertowej. Stanowiłoby to nieodpłatne świadczenie na rzecz Zamawiającego (darowiznę) i sprzeczne jest z regulacją prawa zamówień publicznych. Premia reklamowa Inter Car uzyskał w związku z wydatkami na reklamę, jakie poniósł na reklamę, promocję i marketing – premia stanowi sposób refinansowania przez importera tych wydatków. Sprzedaż samochodów ze sztucznie udzielonym rabatem w ogóle nie może być uznana jako cel reklamowy czy promocyjny.

Odwołujący podniósł wreszcie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ Inter Car nie objął ceną wszystkich kosztów składających się na realizację zamówienia (brak kosztów drugiej dostawy, a także brak uwzględnienia podatku akcyzowego od wartości dodatkowych elementów i usług, w przypadku zamontowaniem ich w samochodzie przed pierwszą rejestracją).

W dniu 14.07.2008r., pismem z tego samego dnia, przystąpienie do postępowania protestacyjnego zgłosił Inter Car Nowak Sp. z o.o. (dalej również Przystępujący), wnosząc o oddalenie protestu. Wykazując swój interes prawny podał, że oferta Przystępującego została wybrana w tym postępowaniu jako najkorzystniejsza, toteż oddalenie protestu spowoduje, że Przystępujący podpisze z Zamawiającym umowę o udzielenie zamówienia publicznego

W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący:

1. wskazał, że cena rażąco niska to cena nierealistyczna, wskazująca na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia, a także taka, która może grozić niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Zaoferowana cena nie może być uznana za rażąco niską z tego tylko powodu, że jest niższa niż inne zaproponowane ceny ofertowe, w sytuacji, gdy cena ta nie spełnia kryterium nierealności,

2. wskazał, że zaoferowana przez niego cena została wyliczona z należytą starannością, z uwzględnieniem wszystkich kosztów, które będzie musiał ponieść Przystępujący w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Z załączonych do wyjaśnień (złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) kalkulacji wynikają uwarunkowania rynkowe w ramach rynku, na którym działa Przystępujący, składniki cenotwórcze oraz to, że Przystępujący działa w sprzyjających warunkach gospodarczych. Potwierdził, że składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zapewnił sobie opłacalność całej transakcji,
3. wskazał, że to nie Przystępujący udzielił sobie rabatu w wysokości 36% na sprzedaż samochodów w ramach „Ogólnopolskiego Programu Sprzedaży Pojazdów do Wojewódzkich Ośrodków Ruchu Drogowego”, lecz uczynił to na jego rzecz importer, tj. Toyota Motor Poland. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby inni importerzy poszczególnych marek samochodów udzielali swoim dealerom wysokich upustów. Stwierdził, że udzielenie 36% rabatu nie świadczy o tym, iż jest to sprzedaż poniżej kosztów produkcji, zarówno przy dostawie jak i nieodpłatnej wymianie samochodów na nowe,
4. wskazał, że Przystępujący z własnego zarobku przeznaczył 3% marży dealerskiej na realizację przedmiotowego zamówienia, co stanowi upust na poziomie udzielanym przez niego w stosunku do wielu innych przedsiębiorców, czy osób prywatnych,
5. wskazał, że uzyskany przez niego upust na potrzeby przedmiotowego postępowania jest konsekwencją wdrażania skalkulowanej przez importera polityki cenowej,
6. podniósł, że duża różnica pomiędzy wartością szacunkową zamówienia, a zaproponowaną przez Przystępującego ceną sama w nie uzasadnia traktowania tej ceny jako rażąco niskiej, ponieważ:
 - 6.1. wartości te muszą się różnić z tego choćby powodu, że wartość szacunkowa jest wartością netto, zaś cena wartością brutto,
 - 6.2. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, których wartości przy otwarciu ofert nie podaje się.
7. podniósł, że nie można porównywać poziomu upustów udzielanych innym kontrahentom (Zakłady Mięśne Unimięś Sp. z o.o., MPL Technology Sp. z o.o., Air Liquide Polska Sp. z o.o.- sprzedaż flotowa, sprzedaż 2 samochodów) ze względu na wielkość przedmiotowego zamówienia oraz praktykę, która potwierdza, że szkoły jazdy dokonują zakupu samochodów tej samej marki co ośrodki egzaminacyjne, co oznacza, że szkoły te będą również potencjalnymi, pewnymi klientami. Odwołujący, zdając sobie sprawę z tej praktyki, mógł okoliczność tą wziąć pod uwagę przy kalkulacji opłacalności całej transakcji i odpowiednio obniżyć cenę.

8. za całkowicie błędne uznał stanowisko Odwołującego o konieczności uwzględnienia przy kalkulacji ceny kosztów związanych z wymianą 34 sztuk samochodów po 23 lub 24 miesiącach użytkowania na nowe oraz kosztów związanych z instalacją systemu rejestrującego oraz zestawu dodatkowych pedałów, ponieważ Zamawiający w pkt. I ppkt 1 SIWZ podał, że pojazdy te wraz z systemem rejestracji mają zostać wymienione nieodpłatnie, a nadto dlatego, że Zamawiający wskazał, że cenę należy obliczyć odejmując od „ceny dostawy” wartość pojazdów przejmowanych w rozliczeniu, nie zaś „ceny dostaw”. Przystępujący podkreślił, że Zamawiający, podając sposób obliczenia ceny, posłużył się „jedną dostawą”, a taką w tym postępowaniu jest dostawa łącznie 35 samochodów oraz 36 systemów rejestracji, a nadto, że opisując przedmiot zamówienia wskazał, że przedmiotem tym jest dostawa wskazanej liczby samochodów i systemów rejestracji (35 + 36),
9. wskazał, że Przystępujący przyjął wartość odkupowanych samochodów w wysokości 753 700 zł brutto, a Zamawiający jest zarejestrowanym podatnikiem podatku od wartości dodanej, ale działalność ta jest zwolniona przedmiotowo, co oznacza, że wartość netto samochodów odkupowanych równa się wartości brutto; podniósł, że suma ceny ofertowej netto Przystępującego i wartości pojazdów odkupowanych stanowi 80% szacunkowej wartości zamówienia. Przystępujący przypuszcza, że Odwołujący złożył ofertę bez odjęcia wartości pojazdów odkupowanych; gdyby to uczynił cena jego oferty wynosiłaby netto 669 435,00 zł i byłaby wyższa od ceny Przystępującego o ok. 8%,
10. przy założeniu, że w SIWZ Zamawiający nie wprowadził sformułowania „nieodpłatna wymiana” przy drugiej transzy, stwierdził, że kalkulacja jego ceny uwzględniałaby:
 - 10.1. 26% spadek wartości dostarczonych w I transzy samochodów (zgodnie z cennikami Eurotax, Infoexpert: I rok – 15%, II rok – 13% = 26% spadek po dwóch latach),
 - 10.2. upust od importera w wysokości 36%,
 - 10.3. marżę Przystępującego w wysokości 4%,co oznacza, że różnica pomiędzy zakupem samochodów przez Przystępującego od dystrybutora (36% + 4% marża) a utratą wartości (ok. 26% + ok. 4% z tytułu użytkowania samochodów przez Zamawiającego) przynosi Przystępującemu zarobek w wysokości ok. 10%. Przystępujący podkreślił, że na rynku wtórnym samochody Toyota Yaris z silnikiem diesla są najbardziej poszukiwanymi i Przystępujący nie spodziewa się problemów z ich sprzedażą.
11. zwrócił uwagę, że w świetle wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu, zarzut niewiarygodnych kosztów przeglądów samochodu Chevrolet Captiva w wysokości 253,76 zł jest niesłuszny,

12. zwrócił uwagę, że nie uwzględnił w cenie przeglądu samochodów Toyota Yaris kosztów robocizny, ponieważ będąc dużą firmą, działającą na rynku od wielu lat, zamierza sam nieodpłatnie dokonywać tych przeglądów, co nie wymusi dodatkowych kosztów związanych z korzystaniem z usług obcych firm,
13. zwrócił uwagę, że uwzględnił w cenie oferty, wbrew twierdzeniom Odwołującego, koszty „tablic L” w wysokości 150 zł, pedałów w wysokości 512,40 zł, lusterek w wysokości 54,90 zł oraz kontroltek w wysokości 7,80 zł,
14. podniósł, że Odwołujący nie udowodnił zarzutu nierealnej i zawyżonej przez rzeczoznawców wartości samochodów marki Chevrolet Aveo, a nadto, że Odwołujący usiłuje dowieść, że posiada większą wiedzę niż rzeczoznawcy,
15. podkreślił, że z „Ogólnopolskiego Program Sprzedaży Pojazdów do Wojewódzkich Ośrodków Ruchu Drogowego”, jak wynika z jego nazwy, korzystają dealerzy z całej Polski, nie tylko Przystępujący,
16. podkreślił, że to importer, nie zaś Przystępujący w ramach tego Programu udzielił Zamawiającemu upustu w wysokości 36%, wskazując jednocześnie, że wprowadzenie różnego rodzaju programów umożliwiających udzielanie zniżek jest powszechną praktyką rynkową dotyczącą również dealerów innych marek samochodów,
17. przyznając, że na rynek szkoleniowy składają się ośrodki egzaminacyjne (WORD-y) oraz szkoły jazdy, a także, że szkoły jazdy korzystają z marek wykorzystywanych przez WORD-y, podniósł jak ważna jest z tego powodu polityka finansowo – gospodarcza danego dealera czy importera. Wskazał, że wprowadzenie Programu poprzedzone było długotrwałymi konsultacjami w ramach marki Toyota, tak, aby ostateczna kalkulacja umożliwiała osiągnięcie zysku,
18. stwierdził, że ceny oferowane dla szkół jazdy nie będą odbiegać od ogólnych cen rynkowych, uwzględniających rabaty np. w ramach sprzedaży flotowej,
19. wyjaśnił, że uzyskana od importera premia reklamowa służyć ma reklamowaniu danej marki i przeznaczona jest do dowolnego wykorzystania przez dealera; podniósł, że takim celem reklamowym służyć będzie umieszczenie na każdym samochodzie dostarczonym do Zamawiającego logo Inter Car Nowak Sp. z o.o.,
20. odnośnie konieczności uwzględnienia w cenie oferowanych samochodów kwoty podatku akcyzowego wyjaśnił, że w tym przypadku obowiązku takiego nie ma, ponieważ dodatkowe wyposażenie zostanie zamontowane po pierwszej rejestracji i odrębnie od samochodu zafakturowane, to zaś oznacza, że jako nie wliczone w cenę samochodu, doposażenie nie będzie podlegało opodatkowaniu podatkiem akcyzowym,

21. stwierdził, że nie dokuje sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia, a z zyskiem, a jego działanie nie ma na celu eliminacji innych przedsiębiorców, a służy rozwojowi uczciwej konkurencji.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 18.07.2008r., które doręczono Odwołującemu w tym samym dniu, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził jedynie, że Zamawiający podziela w całej rozciągłości pogląd wyrażony przez Przystępującego w piśmie z dnia 14.07.2008r.

W dniu 23.07.2008r. pismem z dnia 22.07.2008r., Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący ponowił zarzuty i argumentację zawartą w proteście, a dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z pkt IX.1 SIWZ oraz art. 2 pkt 13) ustawy Pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, zaproponowanego przez wykonawcę Inter Car Nowak Sp. z o.o., w części nieodpłatnego świadczenia w sytuacji, gdy ustawa Pzp przewiduje jedynie odpłatny charakter umów.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Inter Car Nowak Sp. z o.o. i nakazanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,

Zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W dniu 04.08.2008r., pismem z dnia 30.07.2008r., przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego zgłosił Inter Car Nowak Sp. z o.o. podtrzymując swoje stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do protestu oraz dodatkowo wskazując, że:

1. Inter Car Nowak Sp. z o.o. nie kieruje się bieżącym, jednorazowym zyskiem, lecz jego zachowanie cechuje przemyślana polityka marketingowa zorientowana na długofalowe skutki,
2. Inter Car Nowak Sp. z o.o. zamierzał podpisać, w przypadku wygrania przedmiotowego przetargu, umowę z Zamawiającym o charakterze odpłatnym, w której wynagrodzeniem byłaby cena ofertowa; dokonanie

dostawy za taką kwotę nie sposób potraktować jako nieodpłatne przysporzenie,

3. definicje „dostawy” i nieodpłatnej wymiany” należy rozumieć odpowiednio jak w art. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz jak pojęcie „umowa zamiany” w przepisach kodeksu cywilnego albo posłużyć się definicją „wymiany” zawartą w słowniku ortograficznym (wymiana to zastąpienie kogoś lub czegoś kimś lub czymś, danie komuś czegoś w zamian za coś).

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron i przystępującego, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zgodnie z sekcją II „Przedmiot zamówienia” pkt II.1.5) „Krótki opis zamówienia lub zakupu” ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu, opublikowanego w dniu 07.05.2008r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2008/S 88-119870, Zamawiający określił, że zamówienie to obejmuje 34 nowe samochody osobowe do egzaminowania na kat. B, 1 samochód do egzaminowania na kat. E do B, system rejestracji egzaminów do 36 samochodów, w tym 34 zestawy zamontowane w samochodach na kategorię B, 1 zestaw gotowy do zamontowania w dowolnym pojeździe oraz 1 zestaw rezerwowy, z przejęciem w rozliczeniu 26 używanych pojazdów Chevrolet Aveo wyposażonych w system rejestracji wideo.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w SIWZ w Rozdziale I „Informacje Ogólne” pkt 1, gdzie krótki opis zawarty w ogłoszeniu został poszerzony o wymagane cechy i parametry pojazdów, opis minimalnego i dodatkowego wyposażenia. W pkt 3 tego Rozdziału Zamawiający przewidział udzielenie zamówień uzupełniających polegających na dostawie i ewentualnie montażu 5 pojazdów z systemem rejestracji wideo do egzaminowania na kat. B, 3 kompletnych urządzeń rejestrujących przygotowanych do montażu w dowolnym pojeździe egzaminacyjnym oraz 2 urządzenia dedykowane do przeglądania zapisów umożliwiające obsługę nośnika i przygotowania do rejestracji. Pismem z dnia 12.06.2008r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, zmniejszając liczbę pojazdów przekazywanych w rozliczeniu z 26 do 25, w związku z faktem, że jeden pojazd uległ całkowitej szkodzie oraz wskazując wartość tego pojazdu w wysokości 37 900 zł brutto.

W sekcji II „Przedmiot zamówienia” pkt II.2.1) „Całkowita wielkość szacunkowa lub zakres”, w/w ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu Zamawiający podał, że szacunkowa wartość tego zamówienia bez VAT wynosi 1 565 573,77 PLN.

W protokole postępowania ZP-1 w pkt. 2 Zamawiający podał, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia wynosi 1 910 000 zł. Przed otwarciem ofert, zgodnie z informacją zawartą w pkt. 9 ppkt 3 protokołu ZP-1 Zamawiający podał, że na realizację przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 1 910 000 zł.

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że wartość, jaka została wskazana w druku ZP-1 pkt 2, tj. 1 910 000 zł, została tam wpisana omyłkowo, jest to bowiem wartość zamówienia uwzględniająca podatek VAT. W wartości szacunkowej zamówienia Zamawiający uwzględnił wartość samochodów Chevrolet Aveo.

W Rozdziale IX „Sposób obliczenia ceny oferty” Zamawiający zażądał w szczególności, aby cena ofertowa obejmowała wszystkie koszty składające się na realizację przedmiotowego zamówienia, w tym podatek VAT wg stawki obowiązującej na dzień składania oferty, zaś w Rozdziale X „Kryteria wyboru i oceny ofert” wskazał, że cenę należy obliczyć odejmując od ceny dostawy wartość pojazdów przejmowanych w rozliczeniu – odkupionych, przy czym suma odkupu nie może być niższa od wyceny wykonanej przez certyfikowanych rzeczoznawców samochodowych wynoszącej 723 400 zł. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ zmniejszając liczbę pojazdów przekazywanych w rozliczeniu z 26 do 25, w związku z faktem, że jeden pojazd uległ całkowitej szkodzie oraz wskazując wartość 25 pojazdów w wysokości 712 500 zł.

Zgodnie z odpowiedzią, udzieloną przez Zamawiającego (brak daty pisma) - odpowiedź na pytanie nr 4, cena odkupu zaproponowana przez wykonawcę może być wyższa niż wskazana w SIWZ.

Odnosnie stosowanego w treści SIWZ terminologii, skład orzekający Izby ustalił, że:

1. W Rozdziale I „Informacje ogólne” w pkt 7 dotyczącym terminu realizacji zamówienia Zamawiający użył sformułowań „pierwsza dostawa wszystkich gotowych do egzaminowania pojazdów” oraz „druga dostawa, w ramach obowiązkowej wymiany samochodów”,
2. W Rozdziale I „Informacje ogólne” w pkt. 1 zdanie ostatnie dotyczącym płatności Zamawiający wskazał: „Płatność w 2 ratach, 60%, po realizacji 1 etapu dostawy (dostawa samochodów na kat. B, samochodu na kat. E do B i systemu rejestracji wideo z odebraniem samochodów Chevrolet Aveo) i 40% po realizacji 2 etapu dostawy – wymianie samochodów na kat. B na nowe w 23 i 24 miesiącu użytkowania, na podstawie faktur częściowych z 14 dniowym terminem płatności”.
3. W par. 1 Umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ) ust. 1 „Przedmiot umowy” Zamawiający wskazał, że w pierwszym etapie dostawca zobowiązuje się w ramach realizacji niniejszej umowy do dostarczenia i sprzedaży na rzecz Zamawiającego łącznie

35 nowych samochodów oraz 36 zestawów rejestracji egzaminów wraz z przyjęciem w rozliczeniu 26 używanych pojazdów marki Chevrolet Aveo wyposażonych w system rejestracji wideo wraz z innym wyposażeniem, a w drugim etapie do nieodpłatnej wymiany tych samochodów na takie same nowe w 23 lub 24 miesiącu użytkowania.

4. W par 2 Umowy „Wykonanie umowy” ust. 1 Zamawiający wskazał, że Dostawca zobowiązuje się do realizacji przedmiotu umowy w dwóch etapach: I etap – dostawa i wymiana pojazdów, II etap – w 23 lub 24 miesiącu użytkowania samochodów, zaś w ust. 2 wskazał, że dokładne terminy poszczególnych dostaw zostaną przez Dostawcę uzgodnione z Zamawiającym na co najmniej 60 dni przed planowaną dostawą.
5. W par. 3 „Płatność” w ust. 3 Zamawiający wskazał, że dokona płatności w 2 ratach, tj. 60% ceny po realizacji I etapu dostawy (dostawa samochodów na kat. B wraz z systemem rejestracji wideo z odebraniem samochodów Chevrolet w rozliczeniu) oraz 40% ceny po realizacji II etapu dostawy, tj. wymianie samochodów na kat. B wraz z systemem rejestracji w 23 i 24 miesiącu użytkowania.
6. W par. 5 „Kary umowne” Zamawiający wskazał, że nieprzestrzeganie przez Dostawcę terminu dostaw poszczególnych etapów spowoduje naliczenie kar umownych.

Pismem z dnia 26.06.2008r. Zamawiający wezwał Inter Car Nowak Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w terminie do dnia 30.06.2008r. do godz. 13.00.

W dniu 30.06.2008r. o godz. 12.40 wykonawca złożył wyjaśnienia, z których wynika, że:

1. w roku 2006 Toyota Motor Poland wprowadziła „Program sprzedaży samochodów do szkół nauki jazdy”, modyfikując ten program w ostatnim czasie poprzez zwiększenie poziomu rabatów; w cenie oferty Inter Car uwzględnił rabat w wysokości 36%,
2. Inter Car przeznaczył z 4% marży własnej 3% , co daje łącznie rabat w wysokości 39%,
3. Inter Car uwzględnił także obowiązujący w sieci Toyoty program PPR (program promocji i reklamy), na podstawie którego Inter Car otrzymał dodatkową premię kwartalną na cele reklamowe w wysokości 150 000 zł, z której, w ramach przedmiotowego przetargu, przeznaczyła na każdy samochód osobowy do egzaminowania na kat. B 3 570,44 zł (co daje 30 040,56 zł za samochód),
4. do wartości samochodów po upustach Inter Car doliczył za monitoring 3 686,31 zł oraz dodatkowe wyposażenie 2 0 72 zł brutto (podgrzewane lusterka – 325 zł, zestawy dodatkowych pedałów, dodatkowych lusterek i kontrolki – 727 zł, felgi stalowe (4 szt.) - 525 zł, opony zimowe (4 szt.) - 496 zł), a także doliczył koszty przeglądnów

w wysokości 324,28 zł, a następnie odjęto premie reklamową, co oznacza, że koszt samochodu Toyota Saris 1.4 D4D Luna A/C wynosi 36 123,15 zł = za 34 samochody łącznie 1 228 187,10 zł brutto - przy cenie katalogowej 55 100 zł brutto),

5. cena zaoferowanego samochodu Chevrolet Captiva 2.0 D LS BASE, tj. 106 000 zł to cena wskazana w ofercie handlowej przez Autoryzowanego Dealera Chevroleta, doliczył cenę monitoringu (3 686,31 zł brutto) dodatkowego wyposażenia – łącznie 4 413 zł brutto oraz koszty przeglądów 235,76 zł brutto, co oznacza, że koszt tego samochodu wynosi 114 335,07 zł brutto, Inter Car doliczył do oferty 1 dodatkowy zestaw do rejestracji egzaminów (3 721 zł),
6. Inter Car od tak ustalonej ceny 35 samochodów i 36 zestawów (1 346 243,17 zł brutto) odjął kwotę odkupu 25 Chevroletów Aveo, tj. 753 700 zł brutto, co daje cenę oferty w wysokości 592 543,17 zł brutto.

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ w przypadku uznania odwołania, oferta Inter car Nowak Sp. z o.o. musiałaby zostać przez Zamawiającego odrzucona, a Odwołujący, który złożył ofertę sklasyfikowaną na miejscu bezpośrednio za ofertą Inter car Nowak Sp. z o.o. miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie oraz stwierdził:

odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z pkt IX.1 SIWZ

Odwołujący kwestionował w proteście i odwołaniu prawidłowość sposobu obliczenia ceny przez Inter Car Nowak Sp. z o.o.

Skład orzekający Izby ustalił, że choć Zamawiającemu zabrakło konsekwencji w zakresie stosowanej w treści SIWZ terminologii (jedna dostawa, dostawa w dwóch transzach, I i II etap dostawy, dwie dostawy), to jednak nie można uznać, że treść SIWZ nie była jednoznaczna w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a zatem, że wykonawcy mogli mieć wątpliwości co do tego, co jest przedmiotem zamówienia i jaki jest zakres tego zamówienia.

Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że zamówienie to obejmuje:

1. 34 nowe samochody osobowe do egzaminowania na kat. B z opisanym wyposażeniem minimalnym i dodatkowym,

2. 1 samochód do egzaminowania na kat. E do B z opisanym wyposażeniem minimalnym i dodatkowym,
3. system rejestracji egzaminów do 36 samochodów, w tym 34 zestawów zamontowanych w samochodach na kategorię B, 1 zestaw gotowy do zamontowania w dowolnym pojeździe i 1 zestaw rezerwowany,
4. przejęcie 25 używanych pojazdów Chevrolet Aveo wyposażonych w system rejestracji wideo,
5. wymianę samochodów (pkt. 1 i 2) wraz z systemem rejestracji wideo na nowe w 23 lub 24 miesiącu użytkowania,
6. gwarancję i serwis samochodów oraz systemu rejestracji (pkt 1 - 3 i 5) w okresie 24 miesięcy od daty przekazania samochodów.

Zamawiający, poprzez brzmienie Załącznika nr 1 do SIWZ (formularz - „Oferta”), zażądał podania jednej ceny za realizację zamówienia, a zatem uznać należy, że cena ta ma charakter ceny ryczałtowej, w przypadku której, zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp, sposób jej obliczenia pozostaje bez wpływu na ocenę oferty.

Odrzucenie przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi być następstwem stwierdzenia przez Zamawiającego, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Aby stwierdzić, że cena wykonawcy jest ceną rażąco niską, konieczne jest jej porównanie z rzeczywistą wartością przedmiotu zamówienia. Za rzeczywistą wartość zamówienia można przyjąć szacunkową wartość zamówienia, ustaloną przez Zamawiającego, o ile dokonano tego z należytą starannością, zgodnie z art. 32 – 35 ustawy Pzp, powiększoną o należne podatki.

W toku przedmiotowego postępowania przetargowego żaden z wykonawców nie kwestionował prawidłowości oszacowania wartości zamówienia. Co więcej, w odwołaniu Odwołujący potwierdził, że; „Podana przez Zamawiającego wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została prawidłowo wyliczona (...)” – str. 7 odwołania.

Wartość szacunkowa zamówienia, wskazana przez Zamawiającego w ogłoszeniu, wynosi 1 565 573,77 zł, co po dodaniu właściwej w tym przypadku stawki podatku VAT w wysokości 22%, daje kwotę 1 910 000,00 zł. Wykonawca Inter Car Nowak Sp. z o.o. zaoferował realizację zamówienia za cenę 592 543,17 zł brutto. Z zestawienia tych kwot wynika, że cena ofertowa Inter Car Nowak Sp. z o.o. stanowi mniej niż 38% rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22.06.1989 r. (C-103/88, Constanzo), co słusznie podniósł Przystępujący w toku rozprawy, niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen

za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu.

Stwierdzenie zatem wskazanej rozbieżności oznacza tyle i tylko tyle, że Zamawiający winien zwrócić się do Inter Car Nowak Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, co w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający – Małopolski Ośrodek Ruchu Drogowego, uczynił. Innymi słowy, sam fakt stwierdzenia tej rozbieżności nie mógł być podstawą podjęcia przez Zamawiającego żadnej innej czynności, jak tylko uruchomienia trybu wyjaśnień, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, wskazane w wyjaśnieniach Inter Car Nowak Sp. z o.o. z dnia 30.06.2008r. czynniki, jakie miały wpływ na kalkulację ceny tego wykonawcy, mają charakter obiektywny i nie potwierdzają rażącego charakteru zaoferowanej ceny.

Za dopuszczalne skład orzekający Izby uznał uwzględnienie przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. upustu w wysokości 36%, jaki wykonawca ten uzyskał od importera Toyota Motor Poland Company Limited w ramach „Ogólnopolskiego Programu Sprzedaży Pojazdów do Wojewódzkich Ośrodków Ruchu Drogowego”, którym importer objął wszystkich dealerów Toyota. Z punktu widzenia wykonawcy Inter Car Nowak Sp. z o.o. upust ten i jego wielkość stanowi wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla tego wykonawcy, nie jest w żadnym razie czynnikiem, o którym decydował tenże wykonawca, a zatem ma charakter obiektywny. Zwyczaj stosowania upustów cenowych potwierdził także Odwołujący w toku rozprawy.

Za dopuszczalne skład orzekający Izby uznał obniżenie z 4 do 1% należnej wykonawcy marży dealerskiej, kwalifikując je jako oszczędność metody wykonania zamówienia.

Za dopuszczalne skład orzekający Izby uznał przeznaczenie przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. premii reklamowej uzyskanej od importera, przychylając się do stanowiska Przystępującego, że umieszczenie na tablicy rejestracyjnej samochodów poruszających się po Krakowie w ramach jazd szkoleniowych logo dealera Inter Car Nowak Sp. z o.o., jak i możliwość zapoznania się przez osoby przygotowujące się do egzaminu na prawo jazdy z konkretnym modelem, stanowi formę reklamy tak sprzedawcy (dealera), jak i marki pojazdu.

Za dopuszczalne skład orzekający Izby uznał zaoferowanie przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. odkupu 25 samochodów Chevrolet Aveo za 753 700,00 zł, tj. o 41 200,00 zł więcej niż wartość odkupu wskazana przez Zamawiającego (712 500,00 zł - pismo skierowane do wykonawców w toku postępowania – bez daty), ponieważ:

1. Zamawiający w SIWZ wskazał (Rozdział X zdanie ostatnie), że podana przez niego wartość odkupu jest wartością minimalną; w sytuacji więc, gdy żaden z wykonawców w toku postępowania przetargowego nie zakwestionował tego postanowienia SIWZ, uznać tym samym należy, że uczestnicy postępowania za realną uznali możliwość odkupu samochodów Chevrolet Aveo za kwotę wyższą, niż wskazał Zamawiający,
2. brak jest przesłanek do uznania, że sprzedaż samochodów Chevrolet Aveo przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. za cenę ustaloną na podstawie korekty wyceny dokonanej przez rzeczoznawcę, przy założeniu minimalnego zysku tego wykonawcy, nie jest możliwa.

Za zasadne skład orzekający Izby uznał przyjęcie przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. założenia co do poziomu utraty wartości przez samochody Toyota Yaris 1,4 D-4D Luna A/C, tj. 26%, ponieważ wartość taka wynika wprost z katalogu Eurotax. Fakt, że katalog ten przewiduje jednocześnie dolną i górną granicę tego spadku (26% i 34%) nie jest wystarczającym powodem do uznania obowiązku przyjmowania granicy górnej, czy uśrednionej. Nadto za prawdopodobne należy uznać, że w przypadku sprzedaży tych samochodów na rynku wtórnym, ich ceny będą ustalone w odniesieniu do cen katalogowych, nie zaś ich ceny zaoferowanej na potrzeby przedmiotowego postępowania (tj. cen z wysokim upustem).

Skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do kwestionowania przyjętego przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. założenia, że również w przypadku samochodów, które zastąpią samochody użytkowane przez 23 lub 24 miesiące, możliwe będzie zastosowanie 36% upustu. Odwołujący nie wykazał, że zastosowanie „Ogólnopolskiego Programu Sprzedaży Pojazdów do Wojewódzkich Ośrodków Ruchu Drogowego” nie będzie możliwe w przyszłości (w momencie wymiany) np. z tego powodu, że Program ten jest ograniczony czasowo lub, że zaistnieją inne przeszkody w skorzystaniu z tego Programu. Wątpliwość Odwołującego w tym zakresie nie może być poczytana jako zdarzenie pewne.

Za zasadne, w świetle odpowiedzi nr 1 Zamawiającego z dnia 17.06.2008r., dotyczącej procedury odbioru samochodów, skład orzekający Izby uznał przyjęcie przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. założenia, że doposażenie samochodów będzie możliwe, a w konsekwencji, że możliwe będzie zafakturowanie doposażenia, po I rejestracji, a zatem,

że wykonawca nie będzie miał obowiązku doliczenia podatku akcyzowego. Nie można utożsamiać procedury sugerowanej (jak w odpowiedzi z 17.06.2008r.) z procedurą obowiązującą.

Odwołujący, kwestionując cenę Inter Car Nowak Sp. z o.o., winien wykazać, zgodnie z przepisem art. 6 kodeksu cywilnego i art. 188 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp wskazujących, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, że cena ta jest niewiarygodna, nierealna, uniemożliwiająca prawidłowe wykonanie zamówienia, przy czym dla oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę konieczne jest rozpatrzenie ogólnej ceny oferty, a nie jej poszczególne elementy - składniki. Konieczność rozpatrywania ceny oferty jako całości wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w którym mowa o cenie oferty, nie zaś o jej poszczególnych elementach kalkulacyjnych.

Odwołujący próbował kwestionować poszczególne elementy kalkulacyjne, jak:

1. koszt kamer przednich (różnica rzędu ok. 2 700 zł dla 36 kamer),
2. dysków twardych (brak ze strony Odwołującego dowodu w zakresie ceny tych dysków),
3. serwisu i wymiany kół (brak ze strony Odwołującego dowodu, że Inter Car Nowak Sp. z o.o. zastosuje poziom cen serwisowych stosowanych dla klientów indywidualnych przez innych dealerów Toyota, przy jednoczesnym oświadczeniu Inter Car Nowak Sp. z o.o. o wykonywaniu serwisu i wymiany kół w ramach ogólnych kosztów własnych),
4. rejestratora (przyznanie o braku homologacji ważnej na terenie Europy, któremu Przystępujący zaprzeczył),

których udział w cenie ofertowej nie jest znaczący.

Nawet gdyby niektóre elementy ceny były na bardzo niskim poziomie, to fakt ten nie czyni całej ceny ofertowej rażąco niską.

Tymczasem oferta z rażąco niską ceną to oferta, która pozostaje w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia, w sytuacji, gdy realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa.

Biorąc pod uwagę:

1. zakres zamówienia,
2. wysokość upustu w ramach „Ogólnopolskiego Programu Sprzedaży Pojazdów do Wojewódzkich Ośrodków Ruchu Drogowego” (36%),
3. zredukowanie do 1% marży dealerskiej,

oraz uwzględniając:

4. wysokość premii reklamowej przeznaczonej na obniżenie ceny w ramach przedmiotowego postępowania (121 394,96 zł),
5. odkupienie samochodów Chevrolet Aveo za cenę 753 700,00 zł,
6. spadek wartości samochodów Toyota Yaris 1,4 D-4D Luna A/C w wysokości 26% i możliwość odniesienia tego spadku do cen katalogowych,
7. braku podstaw do kwestionowania udzielenia upustu w przypadku samochodów II transzy (II etapu, II dostawy) w wysokości 36%,

nie jest zasadne, w ocenie składu orzekającego Izby, uznanie, że zaoferowana przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. cena w wysokości 592 543,17 zł jest ceną rażąco niską, a zatem Zamawiający nie miał podstaw, w świetle złożonych przez Inter Car Sp. z o.o. wyjaśnień z dnia 30.06.2008r., aby stwierdzić, że wyjaśnienia te potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i aby odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezgodność zakresu rzeczowego oferowanego przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. świadczenia z zakresem świadczenia, wymaganym treścią SIWZ, dokonana została przez Odwołującego przez pryzmat wyjaśnień tego wykonawcy, złożonych dla celów wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W ocenie składu orzekającego Izby to nie wyjaśnienia, a jedynie treść oferty Inter Car Nowak Sp. z o.o. może podlegać porównaniu z treścią SIWZ. Treść oferty tego wykonawcy nie daje podstaw do stwierdzenia jej niezgodności z treścią SIWZ.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby nie jest zasadne uznanie, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie odrzucając oferty Inter Car Nowak Sp. z o.o.

odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W konsekwencji uznania, że Zamawiający nie miał podstaw, w świetle złożonych przez Inter Car Sp. z o.o. wyjaśnień z dnia 30.06.2008r., aby stwierdzić, że wyjaśnienia te potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ustawa ZNK)

Każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szansę innego przedsiębiorcy na rynku. Wskazane przez Odwołującego formy utrudniania dostępu do rynku

(zaniżenie ceny, zróżnicowane traktowanie klientów) są typowymi środkami walki konkurencyjnej i działania takie są, co do zasady, dozwolone. Sprzeczne z istotą i celem konkurencji jest dopiero takie „utrudnianie”, które polega na podejmowaniu działań, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy lub grupie przedsiębiorców rynkową konfrontację oferowanych przez nich towarów (świadczonych usług) w zakresie najistotniejszych parametrów konkurencji, tj. głównie ceny i jakości towarów i usług, w efekcie czego swoboda podejmowania i prowadzenia przez nich działalności gospodarczej ulega ograniczeniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest niczym innym, jak rynkową konfrontacją oferowanych przez przedsiębiorców towarów i usług.

Uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie szczególne i wyjątkowe. W gospodarce rynkowej bowiem zasadą jest swoboda ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców. Jeżeli więc akceptuje się zasadę swobodnego ustalania cen i znaczenie konkurencji cenowej (walki cenowej), to dozwolona musi być także sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą). Polski ustawodawca za nieuczciwą uznał tylko taką sprzedaż poniżej kosztów własnych (sprzedaż ze stratą), która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli dla zajęcia jego miejsca na rynku, w a konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen i/lub innych warunków umów (zob. Komentarz do art. 15 ustawy ZNK pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006r.).

Z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy ZNK nie da się wyprowadzić generalnego zakazu różnicowania cen (dyskryminacji cenowej). Przedmiotem zakazu jest jedynie zróżnicowanie cen w obrocie gospodarczym poprzez rabaty, dopłaty do cen, czy upusty cenowe, stosowane wobec dostawców lub odbiorców tego samego szczebla, które jest sprzeczne z dobrymi obyczajami przez to, że jest rzeczowo nieuzasadnione. Językowe znaczenie przymiotnika „rzeczowy” pozwala przyjąć, że ustawodawca chciał w ten sposób wskazać na nieuczciwość wszelkiego zróżnicowania w obrocie gospodarczym, opartego na przesłankach emocjonalnych i subiektywnych. Nieuczciwość taką wyłączają więc racjonalne i obiektywne przesłanki działań różnicujących. Brak rzeczowego (racjonalnego) uzasadnienia, to przede wszystkim brak uzasadnienia ekonomicznego (zob. Komentarz do art. 15 ustawy ZNK pod red. J.Szwaji, Warszawa 2006r.).

Przechodząc do oceny zarzutów Odwołującego skład orzekający Izby stwierdza, że Odwołujący w ogóle nie wskazał, jaka jest cena wytworzenia samochodu Toyota Yaris 1,4 D-4D Luna A/C. Wskazał natomiast cenę zakupu (nabycia) samochodów Toyota Yaris 1,4 D-4D Luna A/C przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. od Toyota Motor Poland Company Limited, tj. 1 528 554,42 zł (str. 12 Protestu). Jednak wskazana wartość to jedynie założenie

Odwołującego, którego Odwołujący nie poparł żadnymi dowodami, a to na Odwołującym, jak wcześniej wskazano, spoczywa ciężar dowodu.

Brak wiarygodnych informacji, co do kosztów wytworzenia i ceny zakupu uniemożliwia ich porównanie odpowiednio do ceny sprzedaży i ceny ofertowej. Tym samym nie sposób poznać, jaka jest relacja tych wartości. To zaś oznacza, że nie ma podstaw do uznania, że złożenie oferty przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. kwalifikuje się jako utrudnianie dostępu do rynku w aspekcie sprzedaży towarów poniżej kosztów, tym bardziej w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zarzut celowego wyeliminowania wszystkich konkurentów z rynku szkoleniowego (Wojewódzkie Ośrodki Ruchu Drogowego + nauki jazdy) Odwołujący oparł jedynie na własnym przekonaniu, utożsamiając przy tym złożenie oferty z ceną rażąco niską z celową eliminacją konkurencji z rynku.

Zarówno strony, jak i Przystępujący byli zgodni, co do tego, że specyfiką rynku szkoleniowego, który tworzą w tym przypadku szkoły nauki jazdy i Wojewódzkie Ośrodki Ruchu Drogowego (WORD), jest tendencja zakupu przez szkoły nauki jazdy marek i modeli samochodów, zakupionych przez WORD-y. Każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, miał zatem świadomość, że wybór oferty danego wykonawcy stwarza mu jednocześnie szansę zwiększenia sprzedaży oferowanej marki w przyszłości dla szkół nauki jazdy, choć sama specyfika tego rynku nie jest następstwem działań podejmowanych przez producentów, czy sprzedawców samochodów.

Zwrócić przy tym trzeba uwagę, że dokonany przez WORD wybór marki i modelu ma charakter czasowy, związany z dość krótkim okresem wykorzystywania zakupionych pojazdów do celów egzaminacyjnych, a zatem nie sposób uznać, że ten jednostkowy wybór w ramach prowadzonego przez Małopolski Ośrodek Ruchu Drogowego w Krakowie wyeliminuje Odwołującego z rynku.

Odwołujący przypuszcza, czemu zresztą Przystępujący zaprzeczył, że ewentualna sprzedaż samochodów szkołom nauki jazdy będzie prowadzona po cenach wyższych niż katalogowe. Jednak treść oferty Inter Car Nowak Sp. z o.o. w ogóle nie wskazuje na poziom cen, jakie ewentualnie będą oferowane szkołom nauki jazdy. Przewidywania i przypuszczenia samego Odwołującego, co do przyszłych cen sprzedaży samochodów szkołom nauki jazdy przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy w obecnie prowadzonym przez Małopolski Ośrodek Ruchu Drogowego postępowaniu. Skład orzekający Izby dostrzega także zasadniczą różnicę pomiędzy tendencją zakupu przez szkoły nauki jazdy w Małopolsce samochodów tej samej marki i modelu co MORD, a sugerowanym przez Odwołującego przymusem ich zakupu u Inter Car Nowak Sp. z o.o. Szkoły nauki jazdy są odrębnymi od WORD-ów podmiotami -

przedsiębiorcami, którym nie sposób przypisać dążenia do zakupu pojazdów u konkretnego dealera, czy dealera konkretnej marki „za wszelką cenę”.

Wobec powyższego nie jest zasadne, w ocenie składu orzekającego Izby, uznanie, że zaoferowana przez Inter Car Nowak Sp. z o.o. cena w wysokości 592 543,17 zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem brak było podstaw, aby Zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z pkt IX.1 SIWZ oraz art. 2 pkt 13) ustawy Pzp

Skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z pkt IX.1 SIWZ oraz art. 2 pkt 13) ustawy Pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, zaproponowanego przez wykonawcę Inter Car Nowak Sp. z o.o. , w części nieodpłatnego świadczenia, w sytuacji, gdy ustawa Pzp przewiduje jedynie odpłatny charakter umów, ponieważ zarzut ten nie został zawarty w proteście, a Izba, zgodnie z art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*