

Sygn. akt KIO/KD 5/14

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 lutego 2014 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 stycznia 2014 roku zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Szczecinie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 31 grudnia 2013 roku, znak: UZP/DKD/KND/32/13 w zakresie naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:

Emil Kuriata

Członkowie:

Izabela Kuciak

Honorata Łopianowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli są niezasadne.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Szczecinie, ul. Golisza 10 B; 71-682 Szczecin, 22 maja 2013 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem był „Najem samochodów osobowych dla Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Szczecinie.”.

Dnia 21 października 2013 roku Prezes UZP wszczął kontrolę doraźną. W Informacji o wyniku kontroli doraźnej, z dnia 31 grudnia 2013 roku, Prezes UZP stwierdził, iż zamawiający naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 17 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 7 stycznia 2014 roku (data wpływu pisma 9 stycznia 2014 roku) zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia, nie zgadzając się z ustaleniami wyników kontroli.

Prezes UZP poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń do naruszeń art. 89 ust. 1pkt 4 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, stwierdzonych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak wynika z akt postępowania kontrolnego, zamawiający udzielił zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na najem samochodów osobowych dla Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Szczecinie. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego w wysokości 228.000,00 zł, co stanowiło równowartość kwoty 56.722,10 euro.

Kontrolujący wskazał, iż z rozdziału II specyfikacji istotnych warunków zamówienia - *Opis przedmiotu zamówienia* – wynika, iż przedmiot zamówienia stanowił najem bez limitu kilometrów 19 sztuk samochodów osobowych przystosowanych do egzaminowania na kategorię B prawa jazdy, z pakietem ubezpieczeń OC, AC, NNW, Assistance oraz wyposażonych w system do rejestracji przebiegu egzaminu praktycznego. W ramach przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany był także do jednokrotnej wymiany samochodów stanowiących przedmiot umowy na fabrycznie nowe tej samej marki i modelu. Cena miała obejmować wszystkie niezbędne koszty związane z wykonaniem zamówienia, takie jak m.in.: dostawę, koszty transportu, ubezpieczenia, koszty przeglądów, napraw, serwisowania, wymiany samochodów na nowe egzemplarze oraz inne opłaty i podatki.

Wykonawca Auto Club Sp. z o.o., którego oferta w przedmiotowym postępowaniu została uznana za najkorzystniejszą, za realizację zamówienia zaoferował cenę 9,12 zł. Pozostałe

złożone w toku postępowania oferty zawierały odpowiednio ceny: 442.320,00 zł oraz 2.935.728,00 zł.

Zamawiający, korzystając z trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Auto Club Sp. z o.o. do wyjaśnień w ww. zakresie, lecz mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień, nie znalazł podstaw do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Także art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że odrzuceniu podlega oferta, jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, jednak zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa punktem odniesienia dla kwalifikowania ceny jako rażąco niskiej jest realna, rynkowa wartość danego zamówienia. Ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie cena odbiegająca od jego rynkowej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, danego zamówienia wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej dnia 20 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 109/12, KIO 125/12), „(...) *wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego się) ustanawia domniemanie prawne zaferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej*”. Oznacza to, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaferowana cena nie jest rażąco niska. Natomiast na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, ale co do wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, nie zaś w zakresie wykazania, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska (tak też KIO w wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 120/13).

Stosownie do treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia wykonawcy dotyczące kalkulacji ceny, bierze pod uwagę takie obiektywne czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność

projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Lista tych czynników będących podstawą oceny wyjaśnień nie jest listą wyczerpującą i zamawiający powinien brać pod uwagę również inne obiektywne czynniki, jeżeli zawarte są one w wyjaśnieniach przedłożonych przez wykonawców.

Zamawiający uznał, że cena zaoferowana przez wykonawcę Auto Club Sp. z o.o. nie jest rażąco niska wobec faktu, iż ww. wykonawca, któremu udzielono znacznego rabatu na zakup samochodów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia, mimo zaoferowania ceny 0,01 zł za miesięczny najem samochodu, osiągnie zysk pochodzący ze sprzedaży samochodów po dwóch latach użytkowania przez WORD. Zamawiający oparł swoje stanowisko na orzecznictwie KIO, w świetle którego „(...) trudno znaleźć powód, dla którego w takiej sytuacji wykonawcy nie mogliby bilansować kosztów kupna i sprzedaży samochodów z kosztem ich dostosowania do potrzeb zamawiającego – a dopiero taki bilans kosztów jest rzeczywistym kosztem udostępnienia pojazdów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1029/12, KIO 1031/12). Kontrolujący zauważył, iż przytoczony wyrok zapadł w odmiennym stanie faktycznym, w którym wykonawcy składający odwołanie za realizację przedmiotowego zamówienia zaoferowali ceny na poziomie 116.604,00 zł oraz 69.372,00 zł. Ponadto, nie znajduje uzasadnienia powoływanie się na ogólne stwierdzenia pochodzące z uzasadnienia ww. wyroku w oderwaniu od badania realnych okoliczności, które wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności relacji ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę do zakresu zamówienia oraz wiarygodności udzielonych wyjaśnień.

Kontrolujący wskazał, iż w wyjaśnieniach wykonawca Auto Club Sp. z o.o. m.in. powołał się na zysk ze sprzedaży samochodów po dwóch latach w określonej wysokości. W odniesieniu do powyższego, mając na uwadze sposób wykorzystywania samochodów (ośrodek egzaminacyjny) oraz ich sugerowany przebieg w ciągu roku (15 000 – 18 000 km) wątpliwym wydaje się możliwość odsprzedaży pojazdów po dwuletnim okresie ich eksploatacji po cenie sugerowanej przez wykonawcę (kalkulacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa). Z analizy rynku samochodowego przeprowadzonej na potrzeby niniejszej kontroli w oparciu o informacje dostępne na stronie internetowej wynika, iż na rynku wtórnym ceny dwuletnich samochodów marki Hyundai i20 kształtują się na poziomie: 23.900,00 zł, 26.400,00 zł, 26.900,00 zł. Jednocześnie na rynku pierwotnym producenci oraz dealerzy marek samochodowych prowadzą wyprzedaż modeli z rocznika 2011 (a więc także dwuletnich), obecnie więc nowy model Hyundai i20 z rocznika 2011 (model wskazany w ofercie wykonawcy Auto Club Sp. z o.o.), jak wynika z oferty producenta, można nabyć za cenę 31.900 zł. W świetle powyższych ustaleń nie sposób uznać za wiarygodną wskazanej przez wykonawcę przewidywanej wartości rezydualnej samochodu eksploatowanego

(rozumianej jako cenę, na jaką może liczyć właściciel samochodu, sprzedając go po upływie założonego czasu eksploatacji).

Ponadto, przedstawiona argumentacja nie zmierza do kwestionowania twierdzeń wykonawcy odnoszących się do znanej powszechnie możliwości uzyskania rabatów czy też korzystnych stosunków handlowych, w jakich wykonawca pozostaje z producentem samochodów. Kontrolujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie korzyść wykonawcy z uzyskania zamówienia jest ubocznym skutkiem realizacji świadczenia, w całości bowiem pochodzić ma ze stosunków pozaumownych o charakterze hipotetycznym. Wskazać również należy, że przychód uzyskany ze sprzedaży pojazdów do szkół nauki jazdy, którego ww. wykonawca nie uwzględnił, na który jednak pośrednio się powołuje, stanowi hipotetyczny zysk pochodzący ze źródła zewnętrznego w stosunku do ceny uzyskanej za realizację przedmiotu zamówienia i wydaje się potwierdzać, iż cena ta nie została skalkulowana z uwzględnieniem kosztów ponoszonych na realizację tego konkretnego zamówienia.

Kontrolujący podał, że Izba w wyroku z dnia 19 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 39/11), w którym wykonawca zaoferował cenę w wysokości 2.752,32 zł (1 zł za miesiąc) za realizację zamówienia obejmującego najem samochodów osobowych dla Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Szczecinie wskazano, że *„niezależnie od zastosowanych obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, to właśnie zaoferowana przez wykonawcę cena powinna pokrywać koszty realizacji zamówienia”*. Wyjaśnienia wykonawcy wskazują natomiast, że pokrycie kosztów najmu i zysk wykonawcy nie będzie pochodził z zapłaty dokonanej przez zamawiającego. Z kolei w wyroku KIO z dnia 12 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 437/13), odnoszącym się do ww. zagadnienia wskazano, iż *„(...) upatrywanie dodatkowych wpływów będących ubocznym skutkiem realizacji świadczenia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania (...) w ekonomii nazywane jest subsydiowaniem skrośnym (krzyżowym), tj. finansowaniem (wspieraniem) części działalności danego przedsiębiorcy z innego źródła – związanego pośrednio ze świadczeniem wspieranym (subsidiowanym) lub też niezwiązanym z tym świadczeniem i tym samym pokrywaniem strat, jakie przynosi pewien obszar działalności gospodarczej przedsiębiorstwa”*. Dalej na gruncie badanego stanu faktycznego Izba wskazała, iż *przewidywanie dalszych zysków wynikających z pierwotnie wykonanego świadczenia stanowi zdarzenie przyszłe i niepewne, a więc dodatkowy wpływ z tego tytułu ma jedynie charakter hipotetyczny. Zdaniem Izby brak jest bowiem jakichkolwiek obiektywnych przesłanek pozwalających na uznanie, iż konsekwencją zrealizowania danej usługi jest co do zasady powierzenie temu podmiotowi innej usługi powiązanej z tą wykonywaną pierwotnie”*. Przenosząc powyższe ustalenia Izby odpowiednio na grunt kontrolowanego postępowania należy stwierdzić, iż analogicznie do przedstawionego w ww. wyroku stanu faktycznego, brak

jest także podstaw do uznania za wystarczające powoływania się przez wykonawcę na wpływy pochodzące ze sprzedaży samochodów do szkół nauki jazdy oraz z odsprzedaży eksploatowanych samochodów objętych umową, które pokryją koszty realizacji zamówienia i zapewnią wykonawcy zysk, są to bowiem wpływy o charakterze hipotetycznym, a nawet wątpliwym. Ocena oferty pod kątem wystąpienia przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie relacji świadczenia pieniężnego do niepieniężnego (czyli innych korzyści wykonawcy uzyskiwanych niezależnie od wynagrodzenia wypłacanego przez zamawiającego).

W przedmiotowym postępowaniu, to dopiero uzyskana po zakończeniu okresu najmu różnica pomiędzy hipotetyczną kwotą otrzymaną przez wykonawcę po sprzedaniu objętych umową samochodów, a ceną zakupu nowych pojazdów, zapewni pokrycie kosztów realizacji usługi. Oznacza to, że przewidywany już po zrealizowaniu usługi dochód ze zbycia samochodów nie jest jedynie dodatkowym walorem ekonomicznym, lecz stanowi podstawowe źródło zysku wykonawcy. Podkreślić należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest nie tylko najem 19 sztuk samochodów osobowych przystosowanych (a więc wymagających modyfikacji) do egzaminowania na kategorię B prawa jazdy, z pakietem ubezpieczeń OC, AC, NNW, Assistance oraz wyposażonych w system do rejestracji przebiegu egzaminu praktycznego, ale również zapewnienie związanych z tym usług dodatkowych, generujących inne finansowe obciążenia wykonawcy, wynikające m.in. z kosztów transportu, napraw, likwidowania szkód, itp.

Kontrolujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 228.000,00 zł., natomiast kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ustalona została w wysokości 273.600,00 zł brutto. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, za realizację zamówienia zaoferował cenę 9,12 zł, a pozostałe złożone w postępowaniu oferty znacznie przekraczały wartość ustaloną przez Zamawiającego. Kwota zaoferowana przez wykonawcę Auto Club Sp. z o.o. stanowiła 0,004% szacunkowej wartości zamówienia, 0,003% kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz odpowiednio 0,002% i 0,0003% cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Zatem stosunek procentowy kwestionowanej ceny ofertowej pozostaje w rażącej dysproporcji do ww. wartości. Jakkolwiek zgodzić się należy z poglądem, iż samo oparte na matematycznym odniesieniu stwierdzenie, że cena oferty najkorzystniejszej odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, czy też od ceny ofert innych wykonawców nie jest wystarczające dla uznania, że cena jest rażąco niska, to należy zauważyć, iż okoliczność ta w połączeniu z oceną wiarygodności wyjaśnień i kalkulacji wykonawcy udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy

Pzp w przedmiotowym postępowaniu wskazuje, iż cena nie została skalkulowana w sposób rzetelny z uwzględnieniem całego zakresu przedmiotowego zamówienia.

Kontrolujący stwierdził, iż wykonawca Auto Club Sp. z o.o. nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie była ceną rażąco niską, zatem zamawiający zobowiązany był odrzucić złożoną przez niego ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe zaniechanie zamawiającego w odniesieniu do oferty wykonawcy Auto Club Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie, ponieważ oferta ww. wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, wskazane naruszenie należy zakwalifikować jako mające wpływ na wynik postępowania.

Na podstawie analizy otrzymanej od zamawiającego dokumentacji kontrolujący stwierdził, że w załącznikach do protokołu postępowania brak jest druku ZP-1 – oświadczenia o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp – złożonego przez S.M. – autora opinii prawnej sporządzonej w przedmiocie oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie ceny ofertowej.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i dotyczy nie tylko kierownika zamawiającego, członków komisji przetargowej i biegłych, ale także innych osób wykonujących czynności w postępowaniu. W toku przedmiotowego postępowania S.M. nie występował w charakterze biegłego, nie został też wskazany wśród osób wykonujących czynności w postępowaniu. Sporządził jednak opinię z dnia 3 lipca 2013 r., która posłużyła zamawiającemu do oceny wiarygodności wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż ww. opinia, złożona przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, zmierzała bezpośrednio do dokonania oceny oferty wykonawcy Auto Club Sp. z o.o. w kwestionowanym zakresie, a zatem miała kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania.

W związku z powyższym S.M., niezależnie od statusu zajmowanego w niniejszym postępowaniu, był osobą wykonującą w jego toku czynności, a zatem zobowiązany był złożyć stosowne oświadczenia na druku ZP - 1. Zaniechanie złożenia tego oświadczenia, stanowi naruszenie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 7 stycznia 2014 roku, zgłosił zastrzeżenia do wyników przeprowadzonej kontroli wskazując, iż w jego ocenie, złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia przez wykonawcę Auto Club Sp. z o.o., zasługiwały na uwzględnienie. Podkreślił, iż dokonując oceny składanych wyjaśnień w przedmiocie wystąpienia „rażąco

niskiej ceny” może brać pod uwagę okoliczności wynikające wprost z ww. przepisu tj. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, ale także inne okoliczności, które potwierdzą, że zaoferowana cena nie jest nierealna i pozwoli osiągnąć wykonawcy nawet minimalny zysk.

Z przedłożonych w ramach postępowania wyjaśnień wynikało, iż wykonawca mimo zaoferowania ceny na poziomie 0,01 zł za miesięczny najem 1 samochodu, osiągnie zysk pochodzący ze sprzedaży samochodów po dwóch latach użytkowania przez WORD. Zamawiający oparł swoją decyzję między innymi na orzecznictwie KIO, które nie wyklucza możliwości bilansowania kosztów kupna i sprzedaży samochodów z kosztem ich dostosowania do potrzeb zamawiającego, a także na zasadach funkcjonowania rynku wynajmu pojazdów samochodowych oraz sposobu kalkulowania kosztów związanych z prowadzeniem takiego przedsięwzięcia.

Jak wskazano w wyniku kontroli „Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, jednak zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa punktem odniesienia dla kwalifikowania ceny jako rażąco niskiej jest realna, rynkowa wartość danego zamówienia. Ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie cena odbiegająca od jego rynkowej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, danego zamówienia wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”.

Zamawiający oceniając przedmiotowe wyjaśnienia stwierdził brak przeszkód (postanowienia s.i.w.z. oraz przedmiot zamówienia) do kalkulacji ceny w sposób, który będzie obejmował całkowity realny koszt udostępnienia samochodów zamawiającemu. Powyższe wyjaśnienia nie wzbudzają wątpliwości, co do jej nierealności albowiem takie ceny lub podobne uzyskiwano w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez inne WORD w Polsce. Przykładowo wskazać można na:

- 1) WORD Rzeszów i Przemysł (rok 2012), cena oferty 15,94 zł.

- 2) WORD Suwałki (rok 2012), cena oferty 5,90 zł (najdroższa złożona w postępowaniu 213 901,92)
- 3) WORD Skierniewice (rok 2013), cena oferty 5,76 zł (najdroższa złożona oferta w postępowaniu 402 624,00).

We wskazanych wyżej ośrodkach WORD jednostkowa cena miesięcznego najmu jednego samochodu wynosi 0,01 zł.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w przedmiocie braku istnienia przesłanek świadczących o zaoferowaniu przez Auto Club Sp. z o.o. rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego udzielił stosownych wyjaśnień, z których wynika, iż pomimo zaoferowania ceny za wynajem pojazdu w kwocie 1 grosz, z uwagi na bardzo korzystne stosunki handlowe z producentem (Hyundai Motor Poland Sp. z o.o.) przejawiające się w udzielonym rabacie niezależnym od marży dealerskiej - ten osiągnie przychód pochodzący ze sprzedaży samochodów po dwóch latach użytkowania przez WORD w wysokości 8.641,00 zł brutto na jednym samochodzie. W konsekwencji, realizacja zamówienia za cenę określoną w formularzu ofertowym jest możliwa bowiem cena ta nie pozostaje w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia.

Jako uzasadnienie stanowiska przedstawionego w informacji o wyniku kontroli doraźnej, wskazywano jedynie na domniemania (wątpliwości odsprzedaży pojazdów po dwuletnim okresie ich eksploatacji po cenie sugerowanej przez wykonawcę). Podkreślono także, iż na potrzeby niniejszej kontroli przeprowadzono analizę rynku samochodowego opartą na informacjach dostępnych na stronach internetowych. W ocenie zamawiającego argumenty nie poparte żadnymi konkretnymi dowodami czy będące konkluzją informacji dostępnych na stronach internetowych, biorąc pod uwagę zasady funkcjonowania rynku wynajmu samochodów dla innych WORD (w tym oferowane ceny), nie mogą i nie mogły stanowić wystarczającej podstawy do stwierdzenia, iż zaoferowana przez wykonawcę Auto Club Sp. z o.o. cena jest rażąco niska.

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień miał na uwadze także zasady wynikające z przepisów o finansach publicznych, które nakazują ponoszenie wydatków w sposób celowy, oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Tym samym mając wiedzę o cenach za wynajem aut w innych WORD na terenie Polski (umowy wynajmu: 1 grosz/l auto), złożone przez wykonawcę wyjaśnienia jedynie potwierdziły możliwość realizacji zamówienia za taką cenę przy założeniu zysku będącego wynikiem ich odsprzedaży po 2 latach używania przez WORD.

Podsumowując, za ofertę zawierającą rażąco niską cenę należy uznać wyłącznie ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.

To, iż zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie ok. 200.000 zł, nie świadczy o tym, iż tylko ceny zbliżone mogą być uznane za prawidłowe i realne. Zdaniem zamawiającego należy podzielić stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 r. zgodnie z którym brak jednoznacznego wskazania zarówno w przepisach jak i orzecznictwie kryteriów jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej powoduje, iż każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Z kolei ugruntowane orzecznictwo KIO i bogaty dorobek doktryny w powyższym zakresie wskazują, iż za rażąco niską należy uznać tylko taką cenę, która jest nierealistyczna, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalając mu na wygenerowanie zysku. Zakładając fakt, iż w wielu WORD w Polsce realizacja identycznego zamówienia została wyceniona w podobny sposób (1 grosz za wynajem 1 auta), oferta złożona przez Auto Club Sp. z o.o. w Szczecinie w świetle udzielonych wyjaśnień nie zasługiwała na odrzucenie (art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp).

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, iż mec. S.M. podpisując opinię w dniu 3 lipca 2013r. (mającą wpływ na ocenę wiarygodności wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), nie podlegał wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dzień jej składania. Zamawiający załączył podpisane oświadczenie z datą 31 grudnia 2013r. potwierdzające brak podstaw do wyłączenia na dzień składania przedmiotowej opinii.

W odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 7 stycznia 2014 r. (wpływ do UZP w dniu 9 stycznia 2014 r.), zgłoszone od wyniku kontroli Prezes UZP podał, że nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego, podtrzymując w tym zakresie dotychczasową argumentację.

Prezes UZP podniósł, że argumentacja przedstawiona w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* nie zmierzała do kwestionowania twierdzeń wykonawcy odnoszących się do znanej powszechnie możliwości uzyskania rabatów czy też korzystnych stosunków handlowych, w jakich wykonawca pozostaje z producentem samochodów. Także możliwość odsprzedaży samochodów po dwóch latach użytkowania przez WORD nie została w toku kontroli w sposób bezwzględny zanegowana, lecz poddana została w wątpliwość w zakresie możliwości uzyskania ceny sugerowanej przez wykonawcę. Ponadto, niezależnie od kwestii możliwości uzyskania konkretnej ceny z tytułu sprzedaży samochodów stanowiących

przedmiot zamówienia po dwóch latach ich użytkowania przez WORD należy wskazać, iż zysk ten pozostaje ubocznym skutkiem realizacji świadczenia, w całości bowiem pochodzić ma ze stosunków pozaumownych o charakterze hipotetycznym. Powołanie się przez wykonawcę na hipotetyczny zysk pochodzący ze źródła zewnętrznego w stosunku do ceny uzyskanej za realizację przedmiotu zamówienia wydaje się potwierdzać, iż cena ta nie została skalkulowana z uwzględnieniem kosztów ponoszonych na realizację tego konkretnego zamówienia.

Prezes UZP wskazał, iż przytoczony w argumentacji zamawiającego wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2012 r., (sygn. akt KIO 1029/12, KIO 1031/12) zapadł w odmiennym stanie faktycznym, w którym wykonawcy składający odwołanie za realizację przedmiotowego zamówienia zaoferowali ceny na poziomie 116.604,00 zł oraz 69.372,00 zł. Ponadto nie znajduje uzasadnienia powoływanie się na ogólne stwierdzenia pochodzące z uzasadnienia ww. wyroku w oderwaniu od badania okoliczności, które wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności relacji ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę do zakresu zamówienia oraz wiarygodności udzielonych wyjaśnień.

W przywołanym w treści *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* wyroku z dnia 19 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 39/11), w którym wykonawca zaoferował cenę w wysokości 2.752,32 zł (1 zł za miesiąc) za realizację zamówienia obejmującego najem samochodów osobowych dla Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Szczecinie wskazano, że „*niezależnie od zastosowanych obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty, to właśnie zaoferowana przez wykonawcę cena powinna pokrywać koszty realizacji zamówienia*”. Wyjaśnienia wykonawcy wskazują natomiast, że pokrycie kosztów najmu i zysk wykonawcy nie będzie pochodził z zapłaty dokonanej przez zamawiającego.

Z kolei w wyroku KIO z dnia 12 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 437/13), odnoszącym się do ww. zagadnienia wskazano, iż „*(...) upatrywanie dodatkowych wpływów będących ubocznym skutkiem realizacji świadczenia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania (...) w ekonomii nazywane jest subsydiowaniem skrośnym (krzyżowym), tj. finansowaniem (wspieraniem) części działalności danego przedsiębiorcy z innego źródła – związanego pośrednio ze świadczeniem wspieranym (subsydiowanym) lub też niezwiązanym z tym świadczeniem i tym samym pokrywaniem strat, jakie przynosi pewien obszar działalności gospodarczej przedsiębiorstwa*”. Na gruncie badanego stanu faktycznego Izba wskazała, iż przewidywanie dalszych zysków wynikających z pierwotnie wykonanego świadczenia stanowi zdarzenie przyszłe i niepewne, a więc dodatkowy wpływ z tego tytułu ma jedynie charakter hipotetyczny. Zdaniem Izby brak jest bowiem jakichkolwiek obiektywnych przesłanek pozwalających na uznanie, iż konsekwencją zrealizowania danej usługi jest co do zasady powierzenie temu podmiotowi innej usługi powiązanej z tą wykonywaną pierwotnie.

Przenosząc powyższe ustalenia Izby odpowiednio na grunt kontrolowanego postępowania kontrolujący stwierdził, iż analogicznie do przedstawionego w ww. wyroku stanu faktycznego, brak jest także podstaw do uznania za wystarczające powoływania się przez wykonawcę na wpływy pochodzące ze sprzedaży samochodów do szkół nauki jazdy oraz z odsprzedaży eksploatowanych samochodów objętych umową, które pokryją koszty realizacji zamówienia i zapewnią wykonawcy zysk, są to bowiem wpływy o charakterze hipotetycznym, a nawet wątpliwym (zwłaszcza co do ich zakładanej wysokości).

Z kolei ocena oferty pod kątem wystąpienia przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosi się do ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie relacji świadczenia pieniężnego do niepieniężnego (czyli innych korzyści wykonawcy uzyskiwanych niezależnie od wynagrodzenia wypłacanego przez zamawiającego).

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu, to dopiero uzyskana po zakończeniu okresu najmu różnica pomiędzy hipotetyczną kwotą otrzymaną przez wykonawcę po sprzedaniu objętych umową samochodów, a ceną zakupu nowych pojazdów, zapewni hipotetycznie pokrycie kosztów realizacji usługi. Oznacza to, że przewidywany już po zrealizowaniu usługi dochód ze zbycia samochodów nie jest jedynie dodatkowym walorem ekonomicznym, lecz stanowi podstawowe źródło zysku wykonawcy. Podkreślić należy, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest nie tylko najem 19 sztuk samochodów osobowych przystosowanych (a więc wymagających modyfikacji) do egzaminowania na kategorię B prawa jazdy, z pakietem ubezpieczeń OC, AC, NNW, Assistance oraz wyposażonych w system do rejestracji przebiegu egzaminu praktycznego, ale również zapewnienie związanych z tym usług dodatkowych, generujących inne finansowe obciążenia wykonawcy, wynikające m.in. z kosztów transportu, napraw, likwidowania szkód, itp.

W odniesieniu do argumentu powoływanego przez kontrolowanego, odnoszącego się do konieczności uwzględnienia zasad uregulowanych na gruncie ustawy o finansach publicznych kontrolujący wskazał, iż żadna z zasad wydatkowania środków publicznych nie stoi w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nie zwalnia zamawiającego z ich przestrzegania w powyższym zakresie.

Odnosząc się do argumentu opartego na twierdzeniu, iż wskazana przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia nie stanowi sztywnego wyznacznika służącego kwalifikowaniu ceny jako rażąco niskiej wskazać należy, iż jak wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, to właśnie wartość przedmiotu zamówienia powinna być punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. Istotnym jest, iż wartość zamówienia nie jest wyznacznikiem wiążącym i ostatecznym. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO/1429/12) wskazała, iż „(...) *punktem*

odniesienia dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu”.

Odnosząc się do argumentu zastosowania zbliżonych rozwiązań cenowych w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez Wojewódzkie Ośrodki Ruchu Drogowego w Rzeszowie, Przemyślu, Suwałkach oraz w Skierniewicach należy stwierdzić, iż wskazane przykłady nie stanowią podstawy do uznania kwestionowanej ceny ofertowej za skalkulowaną prawidłowo, lecz są jedynie próbą legitymizacji niezgodnych z ustawą Prawo zamówień publicznych działań zamawiającego.

W odniesieniu do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu złożenia oświadczenia o istnieniu lub nieistnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez S.M. – autora opinii prawnej sporządzonej w przedmiocie oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie ceny ofertowej – zamawiający wskazał, iż S.M. w dacie sporządzania opinii nie podlegał wyłączeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto zamawiający załączył do zastrzeżeń złożonych od wyniku kontroli doraźnej oświadczenie S.M. z dnia 31 grudnia 2013 r., potwierdzające brak podstaw do wyłączenia go z postępowania na dzień składania przedmiotowej opinii.

Ustosunkowując się do powyższego, w pierwszej kolejności kontrolujący stwierdził, iż ze względu na to, że okoliczności wymienione w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp znane są dopiero w momencie, kiedy znani są zamawiającemu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, złożenie oświadczenia co do tych okoliczności następuje po uzyskaniu informacji o wykonawcach. W różnych trybach udzielania zamówienia informacje te zamawiający uzyskuje na różnym etapie – w trybach przetargowych – po okazaniu zainteresowania zamówieniem przez wykonawców. Jednak w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od trybu udzielenia zamówienia, złożenie ww. oświadczenia po zawarciu umowy nie może być uznane za spełnienie obowiązku, o którym mowa w art. 17. ust. 2 ustawy Pzp. Zatem złożenie brakującego oświadczenia na etapie wnoszenia zastrzeżeń do wyniku kontroli doraźnej uznać należy za spóźnione, a w konsekwencji naruszające art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Prezesa UZP (kontrolującego), dodatkowo podnosząc, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kontrolujący opierając się na zgromadzonych w aktach kontroli dokumentach, prawidłowo wywiódł, iż zamawiający błędnie, z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która to

oferta winna podlegać odrzuceniu, gdyż zawierała rażąco niską cenę. Wskazać bowiem należy na okoliczność, która wprost wynika z wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę, złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa), a dotyczących cen i upustów uzyskanych od importera pojazdów będących przedmiotem oferty. Z wyjaśnień tych wynika, że wykonawca ujął przedmiot zamówienia w bilansie całej inwestycji, co w ocenie Izby nie jest dopuszczalne. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest odsprzedaż używanych samochodów, a najem samochodów wraz ze stosownym wyposażeniem i dodatkowymi usługami (ubezpieczenia, serwisu, itp.). Tym samym cena jaką zaproponował wykonawca nie pokrywa choćby w najmniejszym zakresie kosztów, jakie wykonawca ten zobowiązany będzie ponieść na realizację przedmiotowego zamówienia, nie mówiąc już o zysku, który nie jest możliwy do osiągnięcia za cenę przedstawioną w ofercie. Dla przykładu podać można chociażby element dotyczący kosztów ubezpieczenia, gdzie wykonawca w wyjaśnieniach podał wartość, która nie zostanie pokryta z ceny ofertowej.

Jak słusznie wskazał kontrolujący, wartości uboczne uzyskiwane przez pośredników mogą odnosić się do realizacji całej inwestycji (mogą stanowić wewnętrzną strategię marketingową firmy), nie mogą zaś stanowić podstawy do wyliczenia ceny ofertowej, która musi być skalkulowana w taki sposób, aby odpowiadała realnie ponoszonym kosztom w danym zamówieniu, z założeniem osiągnięcia realnego zysku.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, Izba w pełni podziela argumentację kontrolującego.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 167 ust. 3 ustawy Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....