

Sygn. akt X Ga 140/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 czerwca 2008r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Ryszard Trzebny

Sędziowie: SO Jolanta Waltrowska

SO Renata Norkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2008 roku, w Poznaniu

na rozprawie

sprawy o zamówienie publiczne

na skutek skargi ACM MARI-CAR spółki z o.o w Poznaniu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 9.04.2008r. sygn. akt KIO/UZP 258/08 przy udziale zamawiającego Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego w Poznaniu i przystępującego po stronie Zamawiającego, wykonawcy Konsorcjum Renault Wielkopolska w składzie Auto Compol S.A w Poznaniu; Smektała spółka z o.o w Lesznie; Auto Lider spółka z o.o w Kaliszu; Pabich spółka z o.o w Pile; Auto Serwis Antoninek spółka z o.o w Poznaniu; Rosiak i Syn spółka z o.o w Komornikach; Pieluszyńska spółka z o.o w Poznaniu 1 .oddala skargę

2. zasądza od ACM MARI-CAR spółki z o.o w Poznaniu na rzecz Konsorcjum Renault Wielkopolska kwotę 1.200zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym

J. Waltrowska R. Trzebny R. Norkiewicz

J 9.,03.2008.

Sekrpfaż SO

Sygn. akt X Ga 140/08

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 9 kwietnia 2008r. wydanym w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 258/08

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawcę ACM MARI-CAR spółkę z o.o w Poznaniu od oddalenia przez Zamawiającego- Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego i przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcy Konsorcjum Renault Wielkopolska w składzie: Auto Compol S.A w Poznaniu; Smektała spółka z o.o w Lesznie; Auto Lider spółka z o.o w Kaliszu; Pabich spółka z o.o w Pile; Auto Serwis Antoninek spółka z o.o w Poznaniu ; Rosiak i Syn spółka z o.o w Komornikach; Pieluszyńska spółka z o.o w Poznaniu protestu tegoż wykonawcy .

Wydanie wyroku poprzedzone zostało następującymi ustaleniami faktycznymi i rozważaniami prawnymi;

Zamawiający Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Poznaniu prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę samochodów osobowych przeznaczonych do przeprowadzania egzaminów państwowych na prawo jazdy kategorii B dla Wojewódzkich Ośrodków Ruchu Drogowego w Poznaniu, Kaliszu, Koninie , Lesznie i Pile.

27 lutego 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako

najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: AUTO COMPOL S.A; SMEKTAŁA spółka z o.o; AUTO LIDER spółka z o.o; PABICH spółka z o.o; AUTO-SERWIS ANTOBINEK spółka z o.o; ROSIAK I SYN spółka z o.o; PIELUSZYŃSKA spółka z o.o zwane dalej w uzasadnieniu Konsorcjum Renault Wielkopolska.

Na czynność Zamawiającego polegającą na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej protest wniosła 4 marca 2008 r. firma ACM Mari-Car Sp. z o.o zarzucając Zamawiającemu:

1. w zakresie oceny oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska zawierającej rażąco niską cenę oraz naruszenie art. 7 pzp przez przyjęcie wyjaśnień nie odpowiadających na zadane pytania.

W ocenie Protestującego, zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, utrudniając innym podmiotom dostęp do rynku narusza art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić w trybie art. 88 pzp;

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z pkt. 11.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia , to jest zawierającej nie opatrzone podpisem lub parafą i pieczętką innienną zaświadczenia z Urzędu Skarbowego złożone przez Auto-Serwis Antoninek spółkę z o.o i Pieluszyński spółkę z o.o

2. w zakresie oceny oferty Konsorcjum ToyoCar, Protestujący wskazał na:

a/ brak umocowania Lidera Konsorcjum ToyoCar do reprezentowania Konsorcjum;

b/naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić w trybie art. 88 Pzp;

c/ naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z treścią pkt 11.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. zawierającej wykaz osób i wykaz

ASD Toyota Tadeusz Ukleja opatrzone parafą i pieczętką firmową oraz dokument OC złożony przez D. Bońkowski i Spółka Spółka Komandytowa opatrzone jedynie parafą;

d/ przedstawienie przez D. Bońkowski i Spółka Spółka Komandytowa polisy OC scedowanej na rzecz Toyota Bank - w takiej sytuacji, zdaniem Protestującego, Członek Konsorcjum nie posiada uprawnień i nie jest beneficjentem polisy, a jej realizacja wymaga zgody banku;

e/ naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp przez przyjęcie do oceny zarówno ofert nie posiadających wad, jak i ofert obarczonych brakami.

Protestujący wniósł o:

- uchylenie decyzji Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska,
- wykluczenie z postępowania Konsorcjum Renault Wielkopolska i odrzucenie jego oferty,
- wykluczenie z postępowania Konsorcjum ToyoCar i odrzucenie jego oferty ;
- dokonanie powtórnej oceny ofert i zawarcie umowy z Protestującym jako podmiotem, który złożył najkorzystniejszą ofertę.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 7 marca 2008 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia ww. protestu złożyło Konsorcjum Renault Wielkopolska.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 14 marca 2008 r. przez jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska Zamawiający stwierdził:

- na podstawie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Renault Wielkopolska w trybie art. 90 pzp uznał ofertę Konsorcjum za sporządzoną poprawnie i nie odbiegającą od cen rynkowych stosowanych w sprzedażach flotowych,
- cena za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy, dlatego Zamawiający zobowiązany był traktować podaną cenę brutto jako obliczoną prawidłowo, stosując się jednocześnie do możliwości dokonania poprawek elementów stanowiących podstawę obliczenia ceny brutto, zgodnie z art. 88 ust. 1 i 2 Pzp,
- obowiązek potwierdzenia zgodności z oryginałem odnosi się od dokumentu, a nie do jego poszczególnych stron, a ponadto kwestionowane dokumenty zawierają właściwy podpis osoby uprawnionej.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum ToyoCar Zamawiający stwierdził, że:

- umowa konsorcjum o charakterze ogólnym jest poprawna,
- kwestionowane dokumenty zawierają właściwy podpis osoby uprawnionej,
- polisa OC przedstawiona przez D. Bońkowski i Spółka Spółka Komandytowa w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego, a cesja wierzytelności nie ma związku z odpowiedzialnością z zakresu prowadzonej działalności w stosunku do Zamawiającego.

Na powyższe rozstrzygnięcie protestu firma ACM Mari-Car Sp. z o.o. wniosła w dniu 19 marca 2008 r. (pismem z dnia 18 marca 2008 r.) odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 88, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 pzp oraz art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503). Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu uchylenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert i w wyniku tego wykluczenia Konsorcjum Renault Wielkopolska i Konsorcjum ToyoCar i odrzucenia ich ofert,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 Pzp.

W dniu 2 kwietnia 2008 r. (pismem z dnia 31 marca 2008 r.) wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przystąpienie Konsorcjum ToyoCar do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczący Konsorcjum ToyoCar. W dniu 4 kwietnia 2008 r. (pismem z dnia 3 kwietnia 2008 r.) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych otrzymał przystąpienie Konsorcjum Renault Wielkopolska do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba zważyła, co następuje:

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba stanęła na stanowisku, że podstawę do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy „prawo zamówień publicznych” może stanowić jedynie treść merytoryczna danej oferty. Podstawa do stwierdzenia niezgodności ze specyfikacją może zatem wynikać np. z zaproponowania przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji odmiennego od wymaganego przez Zamawiającego. Uchybienia dotyczące formy oferty nie mogą zatem stanowić podstaw do jej odrzucenia. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba za nieistotne uznała uchybienia polegające na potwierdzeniu dokumentu za zgodność z oryginałem przez opatrzenie dokumentu pieczętą firmową i parafą tylko parafą czy nawet brak potwierdzenia na jednej ze stron dokumentu. W związku z powyższym, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum Renault Wielkopolska i Konsorcjum ToyoCar z uwagi na ich niezgodność z treścią pkt 11.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a tym samym do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej należy wskazać na istotne różnice pomiędzy omyłką rachunkową, a błędem w obliczeniu ceny. Ustawa nie definiuje ww. pojęć, jednak przyjmując należy, iż przez omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny trzeba rozumieć taki błąd popełniony przez wykonawcę przy obliczaniu ceny, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Błędem w obliczeniu ceny będzie natomiast każdy inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (przyjmuje się, iż w pojęciu tym mieści się przyjęcie do obliczenia ceny błędnej stawki VAT). Izba badając dokumentację postępowania nie dopatrzyła się w złożonych przez Konsorcjum Renault Wielkopolska i Konsorcjum ToyoCar błędów w obliczeniu ceny. Z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Istotnych postanowień Zamawiającego, jakie zostaną wprowadzone do treści umowy z wykonawcą jednoznacznie wynika, iż Zamawiający określił charakter wynagrodzenia za zrealizowanie przedmiotu zamówienia jako ryczałtowy (okoliczność bezsporna). Świadczy o tym treść pkt 13.1 specyfikacji oraz pkt 6a ww. Istotnych postanowień. Przepis art. 88 ust. 1 pkt 3a pzp nakazuje w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia (z takimi ofertami mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym) przyjmując, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, zatem również bez względu na ewentualne omyłki rachunkowe. Z uwagi na powyższe, ceny brutto podane przez Konsorcjum Renault Wielkopolska i Konsorcjum ToyoCar Izba uznała za prawidłowe.

Odnosząc się do zarzutu złożenia przez Konsorcjum Renault Wielkopolska oferty zawierającej rażąco niską cenę, a tym samym naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła co następuje;

Przez cenę rażąco niską należy rozumieć cenę znacząco odbiegającą od cen rynkowych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. W przypadku gdy zaferowana cena odbiega w sposób istotny od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego, [ustawodawca nakazuje w art.89 ust.1 pkt 4 pzp przyrównać zaferowaną cenę do przedmiotu zamówienia]. Zamawiający w celu ustalenia czy zawarta w danej ofercie cena jest rzeczywiście ceną rażąco niską zobowiązany jest przeprowadzić procedurę wskazaną w art. 90 pzp tj. zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny. Oceniając złożone wyjaśnienia Zamawiający może uznać za właściwy taki sposób ukształtowania ceny, który wynika z czynników o obiektywnym charakterze (art. 90 ust. 2 Pzp).

Bezspornym w sprawie jest fakt, iż Konsorcjum Renault Wielkopolska zaoferowało za realizację przedmiotowego zamówienia cenę w wysokości 2 774 429,13 zł, co stanowi około 36 % kwoty, na jaką Zamawiający oszacował wartość zamówienia powiększonej o kwotę VAT. Zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie, Zamawiający dokonał oszacowania wartości zamówienia w oparciu o najwyższe ceny samochodów spełniających wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferowanych na rynku.

Zamawiający przeprowadził postępowanie w przedmiocie sprawdzenia czy oferta Konsorcjum Renault Wielkopolska zawiera rażąco niską cenę. Pismem z dnia 28 stycznia 2008 r. zwrócił się do Lidera Konsorcjum - AUTO COMPOL S.A. w trybie art. 90 pzp o wyjaśnienia. Konsorcjum pismem z dnia 31 stycznia 2008 r. (w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego) udzieliło żądanych wyjaśnień wskazując na optymalny podział obowiązków pomiędzy Członków Konsorcjum, połączenie środków organizacyjnych i finansowych, jak również zysk z umocnienia wizerunku marki Renault na rynku lokalnym oraz zysk związany z obsługą serwisową dostarczonych samochodów. W swym piśmie Konsorcjum Renault Wielkopolska podało również przykłady potwierdzające fakt, iż zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu cena nie odbiega od cen oferowanych w innych postępowaniach o zamówienie publiczne przez przedstawicieli różnych marek samochodów, przy czym wskazało, że były to postępowania o warunkach mniej korzystnych dla wykonawców choćby ze względu na mniejszą ilość dostarczanych samochodów. Izba za najbardziej istotny i przekonujący uznała argument o możliwości uzyskania podczas przeprowadzonych negocjacji z importerem Renault Polska Sp. z o.o. wyjątkowo dobrych warunków cenowych z uwagi na rozmiar przedmiotowego zamówienia. Powszechnie znanym mechanizmem na rynku jest udzielanie rabatów w sprzedaży detalicznej, zatem trudno nie dać wiary oświadczeniu, iż kilka firm - Członków Konsorcjum, będących stałymi klientami importera, było w stanie wynegocjować wyjątkowo korzystne warunki cenowe. Powyższą okoliczność należy, zdaniem Izby, uznać za czynnik o obiektywnym charakterze, zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp. Na potwierdzenie powyższego Konsorcjum Renault Wielkopolska załączyło dowód w postaci oświadczenia Tomasza Latały - Prokurenta firmy Renault Polska Sp. z o.o. z dnia 31 stycznia 2008 r., w którym znalazło się potwierdzenie, iż ceny samochodów marki Renault model Clio III. zaoferowane przez Konsorcjum Renault Wielkopolska, są zgodne z polityką sprzedaży Renault Polska Sp. z o.o. jako przedstawiciela producenta. Przedstawiciel Renault Polska Sp. z o.o. wyjaśnił ponadto, że samochód marki Renault model Clio III jest modelem stanowiącym jeden z fundamentów sprzedaży, a firma Renault Polska Sp. z o.o. oferuje atrakcyjne warunki handlowe w przypadku realizacji umów związanych ze sprzedażą znacznej ilości samochodów oraz oświadczył, iż zaoferowana przez Konsorcjum Renault Wielkopolska cena za realizację przedmiotowego zamówienia jest zgodna z polityką handlową Renault w zakresie podobnych transakcji.

Ponadto, w piśmie z dnia 19 lutego 2008 r. (będącym odpowiedzią na pismo Zamawiającego z dnia 13 lutego 2008 r.) Konsorcjum Renault Wielkopolska potwierdziło dodatkowo, że w zaoferowanej cenie uwzględniło wszystkie składniki wskazane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W ocenie Izby przedstawione przez Konsorcjum Renault Wielkopolska wyjaśnienia są wystarczające do uznania, iż Konsorcjum Renault Wielkopolska ma do czynienia ze szczególnie korzystną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych sytuacją w której może sobie pozwolić na znaczne obniżenie ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, nie ma podstaw do uznania ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Renault Wielkopolska za cenę rażąco niską a tym samym do uznania za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Zarzut dotyczący braku umocowania Lidera Konsorcjum ToyoCar do reprezentowania ww. Wykonawcy Izba uznała za bezzasadny. Art. 23 pzp przewiduje możliwość ubiegania się o dane zamówienie publiczne przez kilku wykonawców występujących wspólnie. Przepis ust. 2 art. 23 pzp zobowiązuje wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich

w postępowaniu lub reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że pełnomocnikiem wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia może być jeden z wykonawców, jak również podmiot spoza ich grona, a zatem zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna. Załączona do oferty Konsorcjum ToyoCar Umowa Konsorcjum zawarta w dniu 18 stycznia 2008 r. w Poznaniu wskazuje wszystkich wykonawców występujących wspólnie, została przez wszystkich Członków Konsorcjum podpisana, określa cel zawarcia umowy oraz w sposób wyraźny wskazuje na Lidera Konsorcjum - firmę ToyoCar J.J. Mikołajczak sp. j. jako podmiot wyznaczony do reprezentowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Zapis § 2 ust. 2 ww. umowy wskazuje, że Lider Konsorcjum upoważniony jest *"do reprezentowania wszystkich Członków Konsorcjum we wszystkich sprawach dotyczących Konsorcjum i procedury przetargów"*. W § 3 ust. 1 Umowy Konsorcjum Członkowie Konsorcjum postanawiają iż *"upoważnionym do reprezentowania Konsorcjum we wszystkich sprawach związanych z ofertą i przetargiem będzie Lider Konsorcjum"*, w ust. 3 natomiast, że „, w imieniu Konsorcjum działać będzie właściciel Lidera Konsorcjum uprawniony do przygotowania, złożenia, podpisania oferty i wszystkich dokumentów jej dotyczących oraz do zawarcia umowy w wyniku wyboru oferty”. To uwzględniając, a także przepis art. 65 kc,

Izba uznała, że firma ToyoCar J.J. Mikołajczak spółka jawna jest prawidłowo ustanowionym przez członków Konsorcjum ToyoCar pełnomocnikiem do reprezentowania Konsorcjum w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Za nieuzasadniony uznała Izba zarzut dotyczący polisy ubezpieczenia OC w związku z prowadzoną działalnością złożony przez D. Bońkowski i Spółka spółka komandytowa. Przedmiotowa polisa wystawiona 24.04.2007r. przez PZU S.A Oddział w Poznaniu, obejmująca okres ubezpieczenia od 25.04.2007r. do 24.04.2008r. została złożona na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zamawiający nie postawił w niniejszym postępowaniu warunku szczegółowego dotyczącego wysokości ubezpieczenia, okresu na jaki dany wykonawca powinien być ubezpieczony. Jedyne czego wymagał to złożenie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności [pkt 7.2.7 SIWZ]. Wobec tak postawionego warunku, nie sposób uczynić Wykonawcy zarzutu z obciążenia ubezpieczenia cesją na rzecz Toyota Bank Polska S.A.

Fakt, że D. Bońkowski i Spółka spółka komandytowa przeniosła prawa do ubezpieczenia z tytułu nieustalonej szkody nie uprawnia do wyciągania wniosku, że Zamawiający nie mógłby zaspokoić swych ewentualnych przyszłych roszczeń. Izba uznała, że z wyżej wymienionej cesji nie wynikają skutki prawne dla Zamawiającego, a sama cesja nie stanowi wady prawnej polisy.

Na podstawie art. 191 ust. 3 pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut ACM Mari-Car spółki z o.o. dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.3, art. 89 ust.1 pkt 3 pzp w zw. z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby odwołujący zarzucając powyższe Zamawiającemu winien wskazać w proteście na popełnienie przez Konsorcjum Renault Wielkopolska czynu nieuczciwej konkurencji, wskazać na dowody i dopiero stąd wywodzić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp. Odwołujący w proteście nie wskazał też jaki czyn wyczerpujący znamiona czynu nieuczciwej konkurencji popełniło Konsorcjum Renault Wielkopolska. Dopiero w odwołaniu przywołał zapisy art. 15 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym faktycznie zmodyfikował postawiony w proteście zarzut.

Mając na uwadze fakt, że zarzuty podniesione przez Odwołujących nie potwierdziły się, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2a i 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. z 2007 r. nr 128, poz. 886).

Na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniosła ACM-MARI CAR spółka z o.o w Poznaniu.

Skarżący zarzucił wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej:

1. naruszenie prawa materialnego poprzez nieuzasadnione nieuwzględnienie odwołania ACM Mari - Car Sp. z o.o .

W szczególności zarzucił naruszenie przepisów art. 7 , art. 88, art. 89 ust. 1 pkt. 2,3, 4 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [DZ.U.03.153.1503 j.t]. - poprzez uznanie przez KIO za zgodne z prawem stanowiska Zamawiającego , który uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum Renault Wielkopolska oraz zaniechał odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania Konsorcjum Renault Wielkopolska , a także nie zaniechał odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania Konsorcjum Toyota;

2. naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 184 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do działania po stronie Zamawiającego pełnomocnika Konsorcjum Renault Wielkopolska,

3. naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 188 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez niezasadne odrzucenie wniosków dowodowych .

Skarżący wniósł o uwzględnienie podniesionych zarzutów i:

- uznanie skargi za zasadną
- zmianę zaskarżonego wyroku KIO w całości,
- orzeczenie co do istoty sprawy w tym nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert Konsorcjum Renault Wielkopolska i Konsorcjum Toyota,
- obciążenie przeciwnika skargi (odwołującego) kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym,
- obciążenie przeciwnika skargi (zamawiającego) kosztami postępowania przed KIO
- zasądzenie od przeciwnika skargi (zamawiającego) na rzecz skarżącego kwoty 2440 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego przed KIO (zgłoszonych na rozprawie arbitrażowej wedle rachunku) oraz kosztów zastępstwa procesowego przez Sądem Okręgowym według norm prawem przewidzianych.

Skarżący, wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci; protokołu z rozprawy przed KIO ;

obowiązującej w postępowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ; oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska; oferty Konsorcjum Toyota ;

protestu i odwołania jaki złożył w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ACM Mari - Car Sp. z o.o;

oraz o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości w zakresie kalkulacji kosztów na okoliczność czy przy uwzględnieniu warunków kontraktu wskazanych w SIWZ oraz warunkach sprzedaży samochodów ustalonych przez Renault Polska Sp. z o.o w Warszawie i Konsorcjum Renault Wielkopolska cena złożonej oferty' nie jest rażąco niska i czy Konsorcjum nie oferuje sprzedaży samochodów poniżej ceny nabycia.

Skarżący wniósł o powołanie biegłego z pośród biegłych wpisanych na listę Sądu

Okręgowego w Poznaniu. Mając na uwadze, że ustalenia w powyższym zakresie wymagają wiadomości specjalnych przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jest konieczne i uzasadnione.

W uzasadnieniu skargi podał, że przedmiotem rozstrzygnięcia KIO było odwołanie złożone przez ACM Mari - Car Sp.z o.o z siedzibą w Poznaniu. Odwołanie to dotyczyło oddalenia protestu wnoszącego skargę.

Zamawiający oddalił protest w całości.

Skarżący nie zgodził się z tym i wniósł odwołanie do Prezesa UZP. W odwołaniu podtrzymał i ponowił zarzuty zawarte w proteście wnosząc o wydanie wyroku w sprawie i:

- o nakazanie Zamawiającemu aby uchylił decyzję o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Konsorcjum Renault Wielkopolska;
 - o nakazanie Zamawiającemu aby dokonał ponownego badania oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska a w wyniku, którego odrzucił ofertę i wykluczył z postępowania Konsorcjum Renault Wielkopolska,
 - o nakazanie Zamawiającemu aby dokonał ponownego badania oferty Konsorcjum Toyota, a w wyniku, którego odrzucił ofertę i wykluczył z postępowania Konsorcjum Toyota;
- o nakazanie Zamawiającemu aby dokonał ponownej oceny ofert nieodrzuconych. Zdaniem skarżącego KIO wydając zaskarżony wyrok i nie uwzględniając

odwołania dokonała naruszenia prawa materialnego przez jego błędną wykładnię i zastosowanie. Uzasadnienie przedstawione przez skład orzekający KIO jest merytorycznie wadliwe, powierzchowne i obciążone błędem logicznego myślenia. Nie sposób w oparciu o treść uzasadnienia wyroku ustalić w oparciu o jakie dowody KIO dokonała ustaleń dlaczego tym a nie innym dowodom dała wiarę.

Ponadto KIO pomimo, że w sprawie koniecznym było posiadanie wiadomości specjalnych nie dopuściła dowodu z opinii biegłego. Wyrok został oparty na głosłownych oświadczeniach Konsorcjum Renault Polska co do tego, że cena nie jest zaniżoną. Znamiennym jest fakt, że pomimo odmowy przekazania jakichkolwiek dokumentów obrazujących warunki zakupu samochodów przez Renault Polska, KIO uznawała, że brak jest okoliczności nakazujących przyjęcie, iż nastąpiły warunki odwrócenia zasady art. 6 kc. . W powyższych okolicznościach to Konsorcjum Renault Wielkopolska winna wykazać, że złożona oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Dodatkowo KIO pomimo, że przed otwarciem posiedzenia Konsorcjum Renault Wielkopolska nie doręczył ACM Mari - Car Sp. z o.o dokumentu przystąpienia KIO z naruszeniem art. 184 ust. 4 u.p.z.p dopuścił pełnomocnika Konsorcjum do udziału w rozprawie. Termin wskazany powyżej jest terminem materialnym skutkiem czego nastąpiła prekluzja. Skarżący podniósł, że przedmiotowego przystąpienia nie otrzymał do dnia dzisiejszego. W tym stanie KIO w sposób wadliwy zebrał dowody w sprawie i na podstawie tak zebranych materiałów orzekał.

Skarżący postawił kilka zarzutów ofercie Konsorcjum Renault Wielkopolska jak i Konsorcjum Toyota. Skarżący swoją argumentację przedstawił w proteście i odwołaniu.

ACM Mari - Car sp. z o.o. złożył zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. Składający skargę podniósł, że powyżej wskazany przepis obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skarżący podnosił, że cena zaofiarowana przez Konsorcjum Renault Polska w sposób istotny odbiega od cen sprzedaży samochodu marki Renault model Clio III 1,2 16 V 75 Km. Cena katalogowa przedmiotowego samochodu zgodnie z ofertami członków Konsorcjum Renault Polska wynosi 49.150 zł. Twierdzenia Skarżącego zostały

udowodnione - a dowód twierdzeń własnych ACM Mari - Car Sp. z o.o przedstawił wydruki z ofert sprzedaży członków Konsorcjum Renault Wielkopolska.

KIO rozważając powyższy problem przyjęło ,że wystarczającym w sprawie jest oświadczenie Konsorcjum Renault Wielkopolska , iż w sprawie uzyskała rabat.

Skarżący podniósł ,że poza oświadczeniem żaden dowód nie potwierdza udzielenia rabatu w tym w szczególności takiego który uzasadniałby przedstawioną cenę . Dokumentami takimi w szczególności nie mogą być :

pismo Konsorcjum Renault Polska z dnia 31 stycznia 2008 r. oraz pismo Renault Polska Sp. z o.o z dnia 31 stycznia 2008 r .

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający przy ustalaniu czy cena nie jest rażąco niska winien brać pod uwagę jedynie obiektywne czynniki. Ustawodawca wskazał jakie czynniki należy traktować jako obiektywne.

Skarżący podnosił ,że w treści przedmiotowych pism brak jest jakichkolwiek informacji o charakterze obiektywnym . Pisma składają się z nic nie mówiących ogólników dotyczących polityki cenowej lub informacji co do cen stosowanych przez inne podmioty w innych postępowaniach i nie dotyczących istoty sprawy . Potwierdzenie zgodności polityki cenowej nie jest potwierdzeniem faktu ,że cena nie jest rażąco niska. Polityka cenowa może obejmować także składanie ofert z ceną rażąco niską. ACM Mari - Car Sp. z o.o podkreśliła ,że istotą problemu nie była okoliczność zgodności zaproponowanej ceny z polityką Spółki Renault Polska ale ustalenie czy są takie obiektywne czynniki, które pozwalają przyjąć w sposób logiczny i matematycznie wyczalny , że cena nie jest rażąco niska. Konsorcjum nie dostarczyło Zamawiającemu żadnych informacji poza oświadczeniem ,że cena jest prawidłowa . Zamawiający jak i KIO nie dysponowały żadnymi merytorycznymi danymi pozwalającymi dokonać pozytywnej weryfikacji oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska.

KIO uznała ,że nie istnieje umowa regulująca sprzedaż samochodów przez Renault Polska na rzecz Konsorcjum Renault Wielkopolska , a jednocześnie uznała ,że Konsorcjum Renault Wielkopolska uzyskała rabat. Sprzeczność powyższych ustaleń wydaje się być oczywista.

Kuriozalnym jest przy tym stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące przyczyn dla których nie dopuścił dowodów z dokumentów wnioskowanych przez skarżącego. Na stronie 10 uzasadnienia Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia dlaczego oddaliła wnioski dowodowe co do rabatu udzielanego przez Renault Polska między innymi dlatego że nie ma istotnego znaczenia jakie rabaty udziela Renault Polska Sp. z o.o traktując ww. spółkę jako - podmiot trzeci. Skarżący podniósł, że jest to jedna z najbardziej istotnych okoliczności, gdyż ten " podmiot trzeci" według słów Konsorcjum Renault Wielkopolska udzielił Konsorcjum rabatu.

Skarżący podkreślił ,że złożenie wyjaśnień nie może być traktowane w sposób formalny . Złożone wyjaśnienia mają odpowiadać na pytanie jakie okoliczności umożliwiły przedstawienie Wykonawcy tak niskiej cenowo oferty. Na powyższe zagadnienie orzecznictwo wielokrotnie zwracało uwagę. Tytułem przykładu ACM Mari - Car Sp. z o.o przytoczył tezy orzeczeń.

Ponadto skarżący podniósł zarzut ceny dumpingowej. KIO nie rozpoznała zarzutu dumpingu błędnie przyjmując ,że nie było przedmiotem protestu. Pogląd KIO jest wadliwy gdyż skarżący zarzucił czyn nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie oferty o tak niskiej cenie . Brak jest podstaw do przyjęcia ,że skarżący zobowiązany był szczegółowiej zakwalifikować w treści protestu powyższe zachowanie. Gdyby nawet przyjąć stanowisko KIO za zasadne to bezspornym jest, że ACM Mari - Car Sp. z o.o skutecznie przyłączył się do protestu Konsorcjum Toyota i składający skargę był uprawniony także do podnoszenia zarzutu w zakresie ceny dumpingowej .

Skarżący wskazał że - art. 89 ust. 1 pkt. 6 nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę ,

która zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny. Pomimo, że oferta Konsorcjum zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić w trybie art. 88 Ustawy Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty i wykluczenia Konsorcjum.

Konsorcjum zaoferowało 1 sztukę samochodu w cenie netto 26.139,34 zł wobec czego podatek VAT wynosi 5750,65 zł, a podana przez Wykonawcę cena 1 samochodu brutto wynosi 31.889,99 zł.

Oferta opiewa na 87 samochodów skutkiem czego Wykonawca wskazał, że cena ogółem netto wynosi 2 274.122,58 zł a cena ogółem brutto stanowi kwotę 2 774.429,13 zł. Podatek VAT wyliczony od różnicy powyższych kwot wynosi 500.306,55 zł. Prawidłowo ustalony od kwoty 2 274.122,58 zł podatek VAT wynosi 500.306,97 zł. Znamionym jest, że art. 88 u.p.z.p nie pozwala na poprawienie powyższego błędu. Cena oferty to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5.07.2001r. „o cenach” jaką Zamawiający musi zapłacić za całość zamówienia. W tym stanie zachowanie Zamawiającego narusza ustalone w treści punktu 13.1 specyfikacji zasady uznania za błąd podania niewłaściwej stawki VAT.

W ocenie Skarżącego żaden błąd w cenie oferty nie może być traktowany jako oczywista omyłka.

Nadto przepis art. 89 ust.1 pkt 2 pzp zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Punkt 11.3 SIWZ obligował Konsorcjum do złożenia pod dokumentami przez osobę reprezentującą czytelnego podpisu lub parafy z pieczętką imienną.

Natomiast dokumenty- zaświadczenie z Urzędu Skarbowego złożone przez Serwis Antoninek spółkę z o.o oraz Pieluszyńska spółka z o.o nie zostały opatrzone podpisem lub parafą i pieczętką firmową na 2 stronie dokumentu.

Pomimo powyższego braku Zamawiający wbrew prawu zaniechał odrzucenia oferty. Skarżący podkreślił, że podniósł także zarzuty co do oferty Konsorcjum Toyota wskazując, iż zgodnie z art. 23 ust.2 pzp Wykonawcy zobowiązani są ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu. Skutkiem powyższego Zamawiający zobowiązał Konsorcjum Toyota do załączenia do oferty dokumentu pełnomocnictwa. Brak dokumentu pełnomocnictwa nie może być konwalidowany w trybie art. 26 ustawy pzp. Dokument pełnomocnictwa winien zawierać oświadczenie mocodawcy co do udzielenia upoważnienia dla podmiotu umocowanego do określonych czynności. Takiego upoważnienia nie zawiera załączona do oferty umowa konsorcjum Toyoty.

Skarżący podnosił przed KIO, że pełnomocnikiem nie może być spółka jawna, bowiem nie posiada ona organów. Orzecznictwo i doktryna uznaje możliwość udzielenia pełnomocnictwa osobom fizycznym i prawnym. Powyższe uprawnienia dla osób prawnych wiąże się z tym, że działanie organu osoby prawnej traktowane jest tak jak działanie samej osoby prawnej. Bezspornym jest, że pełnomocnik dokonuje czynności samodzielnie a jedynie na rzecz mandanta. Inaczej jest w przypadku spółki jawnej, spółka taka nie posiada organu wobec czego sama jako podmiot nie może działać. Samodzielnie działa reprezentujący spółkę właściciel. Działania właściciela nie są traktowane jako działania spółki jawnej. Właściciel działa w imieniu i na rzecz spółki jednakże jego działania nie są działaniami spółki. Znamionym jest, że KIO odrzuciła także zarzut odwołania w powyższym zakresie nie ustosunkowując się przy tym do twierdzeń ACM Mari - Car Sp. z o.o. Nie jest wiadomym dlaczego KIO przyjęła stanowisko przeciwne. W treści uzasadnienia wyroku brak jest jakiegokolwiek informacji dlaczego KIO uznała spółkę jawną za taki podmiot, który może być pełnomocnikiem.

Skarżący podnosił, że art. 89 ust. 1 pkt. 6 nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę, która zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny. Pomimo, że oferta Konsorcjum Toyocar zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić w trybie art. 88 Ustawy

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty i wykluczenia Konsorcjum a przeciwnie Zamawiający poprawił błąd i zwrócił się o akceptację poprawy. Działanie powyższe stanowi rażące naruszenie prawa . Należy zwrócić uwagę ,że także po poprawieniu wartości VAT wyczenie jest błędne gdyż suma 2769.737.70 zł + 609342,29 nie odpowiada cenie oferty która według Konsorcjum wynosi 3 379.080,00 zł .

Skarżący podnosił także , iż art. 89 ust. 1 pkt. 2 zobowiązuje Zamawiającego do odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Bezpomnym winno być, że pkt. 11.3 obligował Konsorcjum Toyota do złożenia pod dokumentami przez osobę reprezentującą czytelnego podpisu bądź parafy z pieczętką imienną. Dokument - wykaz osób oraz wykaz ASO Toyota opatrzony został parafą i pieczętką firmową. Samą parafą został potwierdzony dokument OC złożony przez Toyota Bobkowski bez możliwości identyfikacji osoby podpisującej .Pomimo powyższego braku Zamawiający wbrew prawu zaniechał odrzucenia oferty. Wymagania zawarte w SIWZ są jednoznaczne. Zamawiający nie może się bronić wskazaniem ,że wystarczająca byłaby także parafa. Kolejnym brakiem było przedstawienie przez D. Bobkowski i Spółka spółka komandytowa polisy OC scedowanej na rzecz Toyota Bank. W takiej sytuacji członek konsorcjum nie posiada uprawnień i nie jest beneficjentem przedstawionej polisy, a jej realizacja wymaga zgody banku. Tym samym ocena przedmiotowej polisy dokonana przez Krajowa Izbę Odwoławczą nie jest trafna.

Reasumując Skarżący podniósł, iż przedstawione wyżej zarzuty czynią skargę konieczną i zasadną.

Na rozprawie w dniu 29 maja 2008r. przed Sądem Okręgowym w Poznaniu pełnomocnik Zamawiającego wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od Skarżącego kosztów w wysokości 2.440zł. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów skargi uznał j za niezasadne i w tej mierze podtrzymał całość swoich argumentów prezentowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poczynając od rozpoznania protestu poprzez ustosunkowanie się do odwołania.

Zarzut rażąco niskiej ceny uznał za nietrafny i tym samym wniosek Skarżącego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego za nieprzydatny w sprawie albowiem biegły z dziedziny rachunkowości nie może nic istotnego wniesić w sprawie w zakresie ceny ryczałtowej. Nie ma bowiem elementów kalkulacyjnych, które można poddać badaniu na podstawie obiektywnych dokumentów złożonych w ofercie. Zdaniem Zamawiającego interpretacja przepisu art. 90 pzp sprowadza się do procedury wyjaśniającej, a nie wdrożenia postępowania dowodowego. W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum Renault Wielkopolska wskazało na korzystne warunki i przedstawiło dowód- pismo prezesa Tomasa Latały przedstawiające politykę cenową importera.

W odniesieniu do pełnomocnictwa udzielonego J. Mikołajczykowi liderowi Konsorcjum Toyoty uznała, iż zostało ono prawidłowo udzielone.

Pełnomocnik Konsorcjum Renault Wielkopolska, Przystępującego po stronie Zamawiającego wniósł również o oddalenie skargi i zasądzenie na rzecz Konsorcjum kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ustosunkowując się do zarzutów skargi przedstawił co następuje;

Za bezzasadny uznał zarzut niezasadnego dopuszczenia przez Krajowa Izbę Odwoławczą do udziału w sprawie po stronie Zamawiającego pełnomocnika Konsorcjum Renault Wielkopolska. Podkreślił, iż pełnomocników było dwóch w osobach Auto Compol S.A oraz jego i adwokata B. Kowalskiego. Stąd w tym zakresie zarzut Skarżącego jest chybiony, zaś ewentualne modyfikowanie tego zarzutu z uwagi na gospodarczy charakter postępowania nie jest możliwe.

Odnosnie ceny dumpingowej wskazał, że Skarżący w proteście nie podniósł zarzutu ceny dumpingowej lecz posłużył się określeniem „ naruszenia czynu nieuczciwej konkurencji”. Tym samym obecnie nie może z uwagi na restrykcyjność ustawy „prawo zamówień publicznych” zarzutu tego podtrzymywać, podnosić , a właściwie zmieniać. Nadto zwrócił uwagę na nietrafność argumentu Skarżącego, że skoro przystąpił po stronie Konsorcjum

Toyoty to może zarzut ceny dumpingowej podnosić.

Konsorcjum Toyoty wyraźnie oświadczyło, że zarzutu ceny dumpingowej nie podnosiło.

Tym samym przystępujący nie może podnosić zarzutów, których nie podnosił Wykonawca po stronie którego Skarżący przystąpił.

Za nietrafny uznano zarzut rażąco niskiej ceny. Skoro cena miała charakter ceny ryczałtowej, to nie ma obowiązku analizowania jej składników. Podkreślono przy tym, że pisma wyjaśniające Renault Polska spółki z o.o słusznie uznane zostały przez KIO jako istotne dowody w sprawie.

Jako nietrafny uznał przystępujący zarzut skargi sprowadzający się do tego, iż dla oceny rażąco niskiej ceny właściwym kryterium jest jej odniesienie tylko do wartości szacunkowej zamówienia.

Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Skarga nie jest zasadna.

Stosownie do przepisu art. 195 ust.2 pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu Postępowania Cywilnego o apelacji. Rozpoznając zatem sprawę w granicach skargi i zarzutów w niej zawartych zważyć należy co następuje;

Odnośnie zarzutu naruszenia prawa materialnego- przepisów art. 7, art.88, art. 89 ust.1 pkt 2, 3 ,4 i 6 ustawy „prawo zamówień publicznych” oraz art. 15 ustawy z 16.04.1993r. „o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W istocie zarzut powyższy dotyczy przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez:

- nieodrzućenie ofert Konsorcjum Renault Wielkopolska i Konsorcjum Toyoty pomimo, że ich oferty zawierały omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, których nie można poprawić na podstawie art. 88, lub błędy w obliczeniu ceny[art. 89ust. 1 pkt 6 pzp].

Sąd Okręgowy zarzutu powyższego nie podziela i w tym zakresie w pełni akceptuje ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Bezspornie Zamawiający określił charakter wynagrodzenia za zrealizowanie przedmiotu zamówienia jako ryczałtowy, o czym przekonuje zapis punktu 13.1. SIWZ. Zgodnie z nim cena oferty obejmuje wszystkie zobowiązania, musi być podana cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem właściwego podatku VAT. Zamawiający zastrzegł, iż podanie niewłaściwej stawki podatku VAT traktowane będzie jako błąd w obliczeniu ceny. W punkcie 13.2 SIWZ zastrzeżono, że w przypadku wystąpienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny Zamawiający poprawi omyłki zgodnie z art. 88 pzp.

Konsorcjum Renault Wielkopolska podało w ofercie cenę netto samochodu w wysokości 26.139,34zł oraz właściwy podatek VAT w wysokości 22%, który wynosił od w/w kwoty 5.750,65zł. Tak więc cena brutto samochodu wynosi 31.889,99zł

Mnożąc 31.889,99zł x 87 samochodów otrzymujemy kwotę 2.774.429,13zł brutto.

Natomiast Skarżący upatruje błędu w obliczeniu ceny przy następującym wyliczeniu:

26.139,34zł netto x 87 samochodów = 2.274.122,58zł x 22% VAT = 500.306,96zł podatek VAT.

2.274.122,58 + 500.306,96zł = 2.774.429,54zł brutto.

Konsorcjum Renault Wielkopolska podało cenę brutto 2.774.429,13zł.

2.774.429,54zł minus 2.774.429,13zł = **0,41zł**

Zdaniem skarżącego 0,41 zł ma być błędem w obliczeniu ceny dyskwalifikującym powyższą ofertę.

Z kolei różnica w cenie Konsorcjum Toyoty wyeksponowana przez Skarżącego to **0,12zł** cena wyliczona $2.769.737,70 + 609.342,29 \text{ VAT} = 3.379.079,99\text{zł}$.

Natomiast Konsorcjum Toyoty podało cenę brutto 3.379,080zł.

Dla Sądu Okręgowego jest oczywistym, że powyższa różnica jest wyłącznie omyłką rachunkową, co trafnie ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza.

Reasumując, zarzuty Skarżącego w zakresie błędu w obliczeniu ceny są nietrafne.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 pzp i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez nieodrzczenie oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska jako zawierającą rażąco niską cenę, cenę dumpingową i tym samym stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy uznaje powyższy zarzut za niezasadny zaś poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia w tym zakresie za prawidłowe i trafne.

Zamawiający w punkcie 14.1 SIWZ przyjął, iż jedynym kryterium oceny ofert jest Cena =100%. Zapis powyższy w powiązaniu z zapisem punktu 13.1 SIWZ pozwala na nie budzące wątpliwości ustalenie, iż tak ustalona cena jest ceną ryczałtową.

Bezspornym jest, iż Zamawiający po zapoznaniu się ze złożonymi ofertami wszczął na podstawie art. 90 pzp procedurę wyjaśniającą i zwrócił się między innymi do Konsorcjum Renault Wielkopolska o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień, które słusznie Krajowa Izba Odwoławcza uznała za wystarczające do przyjęcia, że zaoferowana przez Konsorcjum Renault Wielkopolska cena w ofercie nie jest rażąco niską. Należy przy tym w pełni podzielić argumenty Zamawiającego, że procedura określona art. 90 pzp ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy.

W ocenie sądu zarzuty Skarżącego w tym zakresie w istocie stanowią gołosłowną polemikę z prawidłowymi ustaleniami KIO. Argumenty skargi tak naprawdę zmierzają do zobowiązania Konsorcjum Renault Wielkopolska do ujawnienia elementów kalkulacyjnych ceny oferty, co przy cenie ryczałtowej nie jest dopuszczalne.

Stąd zarzut bezzasadnego pominięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność kalkulacji kosztów jest nietrafny. Dlatego też Sąd Okręgowy z tych samych przyczyn co KIO ponowiony w skardze wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego oddalił.

Tym samym zarzut skargi sprowadzający się do naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 188 ust.3 pzp poprzez niezasadne odrzucenie wniosków dowodowych uznać należy za bezzasadny.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie.

W stanie faktycznym sprawy odniesienie oferowanej ceny do szacunkowej wartości zamówienia nie jest trafne.

Stąd dokonując oceny oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska w aspekcie ceny rażąco niskiej, sąd uznał, iż kryterium najbardziej właściwym będzie średnia cen pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym.

Zamawiający podał szacunkową wartość zamówienia [kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia] na 7.642.080zł brutto.

Jak wynika z akt sprawy wpłynęły oferty następujących firm z proponowanymi cenami na dostawę 87 pojazdów:

1. Konsorcjum Renault Wielkopolska z ceną brutto 2.774.429,13zł co stanowi 36,30% szacunkowej wartości zamówienia;
2. Auto Handel- Centrum Krotowski Cichy spółka jawna z ceną brutto 8.095.350zł;
3. Konsorcjum SZPOT z ceną brutto 5.584.237zł co stanowi 73,07% szacunkowej wartości zamówienia;
4. Konsorcjum ToyoCar z ceną brutto 3.379.080zł co stanowi 44,21% szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia;
5. ACM Mari-Car spółka z o.o z ceną brutto 3.498.374,40zł co stanowi 45% szacunkowej wartości zamówienia.

Pomijając ofertę Auto Handel-Centrum Krotowski Cichy spółka jawna jako zawierającą cenę wyższą od wartości szacunkowej zamówienia, średnia procentowa pozostałych 4 ofert wynosi 49,64%.

Z kolei po nieuwzględnieniu oferty konsorcjum SZPOT, odrzuconej przez Zamawiającego, średnia procentowa pozostałych 3 firm wynosi 41,83%.

Różnica pomiędzy ceną Konsorcjum Renault Wielkopolska - 36,30%. a średnią tych 3 firm- 41,83% wynosi 5,53%, zaś od ceny Skarżącego jest niższa o 8,7%.

Powyższe porównanie prowadzi do jednoznacznego wniosku, że cena Konsorcjum Renault Wielkopolska niższa od ceny Skarżącego o 8,7% oraz od średniej 3 w/w firm o 5,53% nie może być uznana za cenę rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 pzp, a już tym bardziej nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy „o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Odnosnie zarzutu ceny dumpingowej.

Sąd Okręgowy podziela argumenty Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie, iż zarzut ten podniesiony został przez Skarżącego dopiero w skardze. Bezsprzecznie w złożonym proteście Skarżący nie podniósł zarzutu ceny dumpingowej w odniesieniu do oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska. Nie jest przy tym tak jak stara się wykazać Skarżący, że podniesienie zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji jest tożsame z podniesieniem zarzutu ceny dumpingowej. Tym samym z mocy art. 181 ust.6 pzp powyższy zarzut podniesiony dopiero w skardze jest spóźniony. Powyższej oceny nie zmienia argumentacja Skarżącego, iż jako przystępujący po stronie odwołującego się wykonawcy Konsorcjum Toyoty, które to Konsorcjum podnosiło zarzut ceny dumpingowej, mógł skutecznie powyższy zarzut popierać.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Konsorcjum Toyoty oświadczył jednoznacznie, iż nie stwierdził aby zaoferowana przez Konsorcjum Renault Wielkopolska cena była ceną dumpingową. A zatem w świetle art. 184ust.5 pzp podnoszenie powyższego zarzutu przez skarżącego jest niedopuszczalne.

Sąd Okręgowy nie uznał za trafny zarzutu Skarżącego sprowadzającego się do naruszenia przez Zamawiającego art. 89ustl. pkt 2 pzp poprzez nieodrzczenie oferty Konsorcjum Renault Wielkopolska i Konsorcjum Toyoty pomimo jej sprzeczności z zapisem pkt 11.3 SIWZ-u.

Skarżący upatruje naruszenia powyższego zapisu w tym, że oferta Konsorcjum Renault Wielkopolska w zakresie dokumentów złożonych przez członków konsorcjum Auto Serwis Antoninek spółkę z o.o oraz Pieluszyńska spółka z o.o jest sprzeczna z pkt 11.3 SIWZ albowiem dokument- zaświadczenia z Urzędu Skarbowego na stronie 2 nie zostały opatrzone podpisem lub parafą i pieczęcią firmową. Zaś dokumenty złożone przez Konsorcjum Toyoty - wykaz osób oraz wykaz ASO Toyota opatrzone zostały parafą i pieczęcią firmową, samą zaś parafą został potwierdzony dokument OC złożony przez Toyota Bobkowski bez możliwości

identyfikacji osoby podpisującej.

W tej mierze Sąd Okręgowy w pełni aprobuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z którym podstawą do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ-u może stanowić jedynie merytoryczna treść danej oferty. Uchybienia dotyczące formy oferty nie mogą stanowić podstaw do jej odrzucenia, a już tym bardziej wskazane przez Skarżącego niedokładności w dokumentach dołączonych do ofert.

W ocenie sądu nietrafny jest zarzut skarżącego, iż Zamawiający z naruszeniem dyspozycji art. 23 pzp dopuścił do udziału w postępowaniu Konsorcjum Toyoty pomimo, że nie przedstawiło ono właściwego pełnomocnictwa. Całkowicie nieuprawniony jest przy tym zarzut, iż KIO uznała spółkę jawną za umocowanego pełnomocnika.

Przeciwnie na stronie 12 uzasadnienia KIO szczegółowo ustosunkowała się do powyższego zarzutu, stwierdzając w konkluzji, iż wskazany w umowie konsorcjum właściciel Lidera Konsorcjum ToyoCar J.J Mikołajczak spółki jawnej jest prawidłowo ustanowionym przez członków konsorcjum ich pełnomocnikiem.

Stosownie do przepisu art. 23 ust.1 pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku zgodnie z art. 23 ust.2 pzp wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie wykonawcy w osobach:

- ToyoCar J.J. Mikołajczak spółka jawna w Lesznie reprezentowana przez właściciela Jacka Mikołajczaka zwaną dalej Liderem Konsorcjum,
- D. Bobkowski i Spółka spółka komandytowa w Poznaniu,
- ASD Toyota Tadeusz Ukleja z/s w Ujściu,
- Auto Kamiński spółka z o.o w Koninie

zawarli 18.01.2008r. umowę konsorcjum w celu wspólnego przygotowania i złożenia oferty przez członków konsorcjum w przetargu nieograniczonym ogłoszonym przez Wojewódzki Ośrodek Ruchu Drogowego w Poznaniu. W § 2 pkt 2 umowy ustalono, że Lider Konsorcjum oznacza kierującego działalnością konsorcjum, który przygotowuje w jego imieniu ofertę i jest upoważniony do reprezentowania wszystkich członków konsorcjum we wszystkich sprawach dotyczących konsorcjum i procedury przetargowej.

Z kolei w §3 pkt 1 umowy postanowiono, że upoważnionym do reprezentowania Konsorcjum we wszystkich sprawach związanych z ofertą i przetargiem będzie Lider Konsorcjum. W punkcie 2 tegoż paragrafu umowy postanowiono, że w imieniu Konsorcjum działać będzie właściciel Lidera Konsorcjum, który jest w szczególności uprawniony do przygotowania, złożenia, podpisania oferty i wszystkich dokumentów jej dotyczących oraz do zawarcia umowy w wyniku wyboru oferty.

W ocenie Sądu Okręgowego powyższe zapisy umowy Konsorcjum w pełni wypełniają dyspozycję art. 23 pzp w części dotyczącej ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania członków konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak i reprezentowania w postępowaniu i zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przy czym co istotne z zestawienia zapisów §2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 i punktu 1 umowy konsorcjum wynika jednoznacznie, iż członkowie konsorcjum swoim pełnomocnikiem ustanowili nie spółkę jawną ToyoCar J.J. Mikołajczak jako Lidera Konsorcjum lecz jej współnika Jacka Mikołajczaka nazwanego właścicielem.

Z odpisu KRS-u przedmiotowej spółki jawnej wynika, że Jacek Mikołajczak jest jednym z dwóch współników spółki [drugim jest Jolanta Mikołajczak] uprawniony do samodzielnej reprezentacji i spółki jawnej.

Powyższe pozwala na ustalenie, iż członkowie konsorcjum zgodnie z art. 23 pzp ustalili

spośród siebie pełnomocnika w osobie Jacka Mikołajczaka współnika spółki jawnej- członka konsorcjum, umocowanego tak do reprezentowania tejże spółki jawnej jak i członków konsorcjum.

Sąd Okręgowy za niezasadny uznał również podniesiony w skardze zarzut, sprowadzający się do żądania odrzucenia oferty Konsorcjum Toyoty albowiem członek tegoż konsorcjum D. Bońkowski i Spółka spółka komandytowa złożył nieprawidłową polisę OC, scedowaną na rzecz Toyota Bank.

Zamawiający w punkcie 7.2.7 SIWZ zobowiązał wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne do złożenia w celu potwierdzenia sytuacji ekonomicznej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności.

Wykonawca D. Bońkowski i Spółka spółka komandytowa złożył polisę umowy

ubezpieczenia zawartą z PZU S.A na okres ubezpieczenia od 25.04.2007r. do 24.04.2008r. Tym samym spełnił wymóg punktu 7.2.7 SIWZ.

Prawdajest, iż z treści polisy wynika, że ubezpieczenie według polisy obciążone zostało cesją na rzecz Toyota Bank Polska S.A., do wysokości szkody ustalonej przez PZU S.A. Ewentualne odszkodowanie nie może być wypłacone bez zgody cesjonariusza”.

Słusznie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, iż Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł szczególnych warunków co do polis OC składanych przez Wykonawców ograniczając te wymogi jedynie do złożenia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie. Trafne jest zatem ustalenie KIO, iż obciążenie polisy ubezpieczeniowej cesją nie stanowi wady prawnej polisy.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisów prawa procesowego — art. 184 ust.4 pzp poprzez dopuszczenie do działania po stronie Zamawiającego pełnomocnika Konsorcjum Renault Wielkopolska, stwierdzić należy, iż zarzut ten jest całkowicie niezrozumiały. Stosownie do art. 196 ust.1 pzp skarga powinna między innymi zawierać przytoczenie zarzutów i zwięzłe ich uzasadnienie.

Brak uzasadnienia powyższego zarzutu czyni niemożliwym merytoryczną ocenę jego zasadności.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 198 ust 2 pzp skargę jako bezzasadną oddalono, o czym orzeczono w punkcie 1 wyroku.

O kosztach zastępstwa procesowego orzeczono w punkcie 2 wyroku zgodnie z przepisem art. 98§ 1 i §3 kpc w zw. z art. 107 kpc i w zw. z §5 i §10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. „, w sprawie opłat za czynności adwokackie..[Dz. U. Nr 163 poz. 1348 z póź. zm.], zasądając od Skarżącego na rzecz przystępującego Konsorcjum Renault Wielkopolska 1.200zł.

Sąd nie uwzględnił żądania Zamawiającego w przedmiocie zasądzenia na jego rzecz od Skarżącego zwrotu kosztów postępowania.

Zamawiający był reprezentowany w postępowaniu przez pełnomocnika nie będącego ani radcą prawnym ani adwokatem, działającego na podstawie umowy zlecenia w rozumieniu art. 87§1 kpc. Ustalone przez pełnomocnika w wystawionej fakturze wynagrodzenie w wysokości 2.440zł za świadczone usługi wykracza poza zakres niezbędnych kosztów procesu określonych art. 98§2 kpc, których zwrotu przeciwnik może żądać od strony przegrywającej sprawę.

J. Wątrowska

R. Trzebny

R. Norkiewicz

6/^\S'i?€Xoryginał należy podpisano
* (1J^{Od}p^{is} sporządzono

A W 19 08 2008

dnia.....

_____N. / *Sekretarz QG*

żNi**