

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

Warszawa, dnia 24 lipca 2014 r.

UZP/DO/KU/11625/14495/14

dot. KIO/KD 63/14



00149045

4 segregatory + 2 odpisy uchwały
Pani

WPŁYW BEZPOŚREDNI

DLU - 28222/14

2014-07-27

Izabela Jakubowska

p.o. Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Szanowna Pani Prezes,

W związku z przekazaniem w dniu 09 lipca 2014 r., pismem o sygnaturze UZP/DKD/DWKZ/421/14(10)/14/AP(22548), zastrzeżeń do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli, zgłoszonych przez Uniwersytet Łódzki po przeprowadzeniu kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Usługa wdrożenia i utrzymania Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP dla Uniwersytetu Łódzkiego*” w załączeniu przekazuję akta postępowania kontrolnego oraz odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2014 r., sporządzonej na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.).

Z pozdrowieniami

WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Anna Chudzik

W załączeniu :

1. Akta postępowania kontrolnego-4 segregatory oraz zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej i odpowiedź na zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej;
2. Odpisy uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2014 r. - 2 egz.

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 24 lipca 2014 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 24 czerwca 2014 roku, zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Uniwersytet Łódzki w Łodzi dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2014 r. (znak: KND/1/14/DKD) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę wdrożenia i utrzymania Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP dla Uniwersytetu Łódzkiego,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Piotr Kozłowski
Izabela Kuciak**

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia są niezasadne

UZASADNIENIE

Zamawiający, Uniwersytet Łódzki w Łodzi, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub “Pzp” – przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę wdrożenia i utrzymania Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP dla Uniwersytetu Łódzkiego.

W dniach od 24.01.2014 r. do 16.06.2014 r., Prezes UZP przeprowadził kontrolę doraźną (następczą) ww. zamówienia.

W *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 16.06.2014 r. stwierdzono następujące naruszenia przepisów popełnione w trakcie ww. postępowania przez Zamawiającego:

„[...]”

Przedmiotem kontrolowanego postępowania O udzielenie zamówienia publicznego była usługa wdrożenia i utrzymania Zintegrowanego Systemu Informatycznego Klasy ERP dla Uniwersytetu Łódzkiego.

1. W ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło trzech wykonawców, tj;

1. Syntea Business Solutions Sp z o.o. z ceną 4 225 626.48 zł;
2. SIMPLE SA z ceną 3 269 182,00 zł;
3. BAZUS Sp zoo. z ceną 2 460 000.00 zł

W wyniku analizy ofert wykonawców SIMPLE SA oraz BAZUS Sp. z o.o. ustalono następujące okoliczności:

1. ww. firmy oferowały ten sam system informatyczny, tj. SIMPLE ERP. Którego producentem jest wykonawca SIMPLE SA;
2. firma SIMPLE SA będąca producentem systemu informatycznego SIMPLE ERP za wykonanie przedmiotu zamówienia zaoferowała kwotę wyższą o 809 182.00 zł brutto niż jej partner handlowy, tj. BAZUS Sp. z o. o.;
3. firma SIMPLE S.A. jako producent systemu SIMPLE.ERP oszacowała całkowity koszt dostawy licencji ww. systemu na kwotę wyższą niż jej partner handlowy, tj BAZUS Sp. z o.o.;

4. firma SIMPLE SA oraz BAZUS Sp. z o.o za prace przygotowawcze, o których mowa w punkcie IV SIWZ (pkt 11.1. formularza oferty) zaoferowały taką samą kwotę. tj. 67 650.00 zł brutto;
5. różnica w cenie za wykonanie analizy przedwdrożeniowej zgodnie z opisem pkt IV SIWZ stanowiła kwotę 448 zł brutto (pkt II.2, formularza oferty);
6. różnica w cenie za wykonanie asysty powdrożeniowej za okres 1 miesiąca po starcie produktywnym oraz w trakcie pierwszych dwóch zamknięć miesiąca - zgodnie z opisem w pkt IV SIWZ wynosiła 160 zł brutto (pkt IV. 1. formularza oferty);
7. wykonawca BAZUS Sp z o.o. zmodyfikował treść formularza oferty stanowiącego załącznik nr 1a do SIWZ w części dotyczącej wyceny przedmiotu zamówienia w zakresie punktu I. tj Dostawa licencji Systemu ERP i systemów zależnych poprzez dodanie w punkcie 1.1 jednej licencji za serwer za kwotę 119 925,00 zł brutto, której zamawiający nie wymagał w SIWZ i nie wyraził zgody na poprawienie ww omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez co zamawiający odrzucił jego ofertę zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp Konsekwencją powyższego był wybór oferty wykonawcy SIMPLE SA., który zaoferował znacznie wyższą kwotę za realizację przedmiotowego zamówienia publicznego niż jego partner handlowy BAZUS Sp. z o.o oraz zachowanie wadium przez wykonawcę BAZUS Sp z o.o ;
8. firma SIMPLE SA udostępniła firmie BAZUS Sp. z o.o. swój potencjał kadrowy oraz wiedzę i doświadczenie na okres realizacji ww zamówienia publicznego przez firmę BAZUS Sp. z o.o.,
9. wykonawca BAZUS Sp z o.o. któremu firma SIMPLE S.A. udostępniła potencjał kadrowy w zakresie Pana Daniela Frygi. Pana Piotra Nawłoki, Pani Ewy Boguckiej Pana Adama Berłowskiego. Pana Andrzeja Piękosia. Pana Rafała Pawłowskiego Pana Waldemara Tatarewicza. Pana Tomasza Kubackiego. Pana Tomasza Olędzkiego. Pana Tomasza Brauła, Pani Katarzyny Kruk. Pana Andrzej Seroczyńskiego oraz Pana Zbigniewa Strojnowskiego. tj. osób wskazanych w wykazach stanowiących załączniki nr 6. 7. 8 i 9 do SIWZ, jako podstawę dysponowania ww osobami wskazał umowę o pracę, a nie zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu na zasadach określonych w art 26 ust. 2b ustawy w zakresie potencjału kadrowego;
10. ww. firmy zastrzegły jako tajemnicę przedsiębiorstwa te same dokumenty. Firma BAZUS Sp z o.o. dodatkowo jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegła

zobowiązanie firmy SIMPLE S.A do udostępnienia zasobów firmie BAZUS Sp. z ot) oraz oświadczenie o posiadaniu przez konsultantów polskiego obywatelstwa;

11. oferty obu ww. firm były podobne co do formy oraz niemalże identyczne co do treści m.in. w zakresie charakterystyki oferowanego systemu (załącznik nr 1a do SIWZ). arkusza funkcjonalności (załącznik nr 1 do SIWZ). wykazu usług serwisowych (załącznik nr 5 do SIWZ). wykazu dysponowania kierownikiem projektu (załącznik nr 6 do SIWZ), wykazu dysponowania kierownikiem projektu serwisu (załącznik nr 7 do SIWZ). wykazu dysponowania zespołem konsultantów (załącznik nr 8 do SIWZ). wykazu osób odpowiedzialnych za tworzenie i rozwój oprogramowania w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia (załącznik nr 9 do SIWZ) oraz opisu zaoferowanego systemu (załącznik nr 11 do SIWZ);
12. oferty obu ww. wykonawców zawierają takie same omyłki pisarskie (.literówki") oraz błędy merytoryczne, np w dokumencie stanowiącym wykaz dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, ww wykonawcy wskazali iż zastrzeżone dokumenty załączone zostały do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu" oraz że „zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa/ wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie", gdy tymczasem przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, zatem nie może być mowy o wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto wykonawcy SIMPLE SA. oraz BAZUS Sp z o.o. ubiegali się o ww. zamówienie publiczne samodzielnie, a nie wspólnie z innymi wykonawcami

Ponadto z raportu informacyjnego firmy SIMPLE SA nr 32/2011 dotyczącego umowy kupna udziałów BAZUS Sp. z o.o. wynika, iż w dniu 29 grudnia 2011 r. SIMPLE SA zawarła z osobami fizycznymi, będącymi wspólnikami spółki BAZUS Sp. z o.o. umowę sprzedaży udziałów posiadanych przez tych wspólników w spółce BAZUS Sp. z o.o. Przedmiotowa umowa sprzedaży udziałów była irzecią z pięciu umów sprzedaży udziałów w spółce BAZUS Sp. z o.o., które zostały przewidziane w umowie przedwstępnej zbycia udziałów zawartej między tymi samymi stronami w dniu 20 grudnia 2010 r. których realizacja miała doprowadzić do nabycia przez SIMPLE SA 100% udziałów w spółce BAZUS Sp. z o.o.

Za najkorzystniejszą w ww. postępowaniu zamawiający uznał ofertę wykonawcy SIMPLE S.A.

W odniesieniu do powyższego stwierdzić należy, iż pomimo, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zabraniała składania, w dacie prowadzenia przedmiotowego postępowania, ofert przez wykonawców powiązanych osobowo i kapitałowo, to jednak niedopuszczalnym było uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu. Za niedopuszczalne w warunkach uczciwej i rzetelnej konkurencji należy w szczególności uznać kształtowanie polityki cenowej i działań podejmowanych przez wykonawców w toku postępowania w porozumieniu z konkurencją i tym samym stwarzanie jedynie pozorów działania konkurencyjnego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej Konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem to na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153, poz. 1503, ze zm.) czy też naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 Nr 50, poz. 331).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2013 r. sygn. akt; I ACa 769/13 „utrudnianie dostępu do rynku to nic innego, jak stawianie baner, przeszkód, które nie wynikają ani z rodzaju działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę oferującego nabywcom swoje towary albo usługi (strona podaży), ani też z uwarunkowań kształtujących zapotrzebowanie na dany towar albo usługi (strefa popytu), lecz są efektem nieuczciwych działań podejmowanych przez innych przedsiębiorców, które przykładowo zostały wymienione w kolejnych punktach art. 15 ust. 1 u.z.n.k.”

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż w okolicznościach faktycznych kontrolowanego postępowania wskazanych w szczególności w punktach 1-12 powyżej.

działania wykonawców SIMPLE S.A oraz BAZUS Sp. z o o były sprzeczne z dobrymi obyczajami, mającymi na celu uzyskanie korzyść w sferze gospodarczej poprzez wymuszenie na zamawiającym wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy oraz stworzenie warunków wymuszających na zamawiającym zakupu usługi u określonego przedsiębiorcy. Złożenie ofert przez dwie powiązane spółki, a następnie uchylene się przez spółkę BAZUS Sp. Z oo. od możliwości poprawienia omyłki, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych było celowym działaniem zmierzającym do odrzucenia oferty BAZUS Sp z o.o. i wyboru oferty wykonawcy SIMPLE S.A. proponującego wyższą ceną za wykonanie zamówienia. Argumentem przemawiającym za celowością tego działania, które było realizacją z góry powziętego zamiaru, jest w szczególności charakter omyłki w ofercie BAZUS Sp. zoo. polegający na dodaniu dodatkowej pozycji w formularzu ofertowym, której nie wymagał zamawiający. Zatem celem uczestnictwa ww. wykonawców w postępowaniu było uzyskanie zamówienia przez powiązane ze sobą firmy za cenę wyższą przy wykorzystaniu mechanizmu ustawy służącego poprawianiu omyłek w ofertach, którego skuteczność jest warunkowana zgodą wykonawcy Ww. podmioty działając w porozumieniu, poprzez swoje celowe działania i zaniechania, podjęte w toku przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności wspólne uzgodnienie treści złożonych ofert, wpłynęły na podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty droższej o ponad 809 182.00 zł. Ponadto ww. wykonawcy działaniem swoim doprowadzili do ograniczenia konkurencji między sobą, która powinna być podstawowym celem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić przy tym należy, iż chociaż poszczególne okoliczności wskazane w punktach 1-12 powyżej nie stanowią pojedynczo naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak ich suma przesądza o sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz przepisami prawa działaniu wykonawców, polegającym na tworzeniu barier, przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego i pozwala na przypisanie im charakteru niedozwolonych praktyk uzgodnionych.

Ponadto powyższe działania i zaniechania wykonawców SIMPLE S.A. oraz BAZUS Sp z oo mogą zostać zakwalifikowane jako zawarcie porozumienia, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, o którym mowa w art 6 ust 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający winien był odrzucić oferty wykonawców SIMPLE S.A. oraz BAZUS Sp. z o.o. na podstawie art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust 1 oraz art 15 ust 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie z uwagi na okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, zamawiający obowiązany był do unieważnienia postępowania zgodnie z art 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

2. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego żądał, by wykonawcy złożyli r.n.in. oświadczenie, że Konsultanci posługują się biegle językiem polskim, lzn posiadają obywatelstwo polskie lub posiadają certyfikat znajomości języka polskiego.

Zgodnie z treścią art. 25 ust 1 ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający mógł żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a określonych w obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2009 Nr 226, poz 1817) Zgodnie z § 1 ust 1 pkt 6 i 7 ww. rozporządzenia na okoliczność wykazania się przez wykonawcę potencjałem kadrowym zamawiający może żądać odpowiednio wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości (ub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, a także oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Tym samym, art. 25 ust. 1 ustawy oraz treść ww. rozporządzenia nie dają zamawiającemu prawa do żądania oświadczenia wykonawcy, że konsultanci posługują się biegle językiem polskim, tzn. posiadają obywatelstwo polskie lub posiadają certyfikat znajomości języka polskiego.

W związku z powyższym żądanie przez zamawiającego ww. oświadczenia w celu wykazania się warunkiem dotyczącym potencjału kadrowego stanowi naruszenie art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 ww. rozporządzenia.

3. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków określonych w art 22 ust 1 - 4 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów określonych w § 2 ust. 1 pkt 1 • 6 rozporządzenia oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy

Zgodnie z § 1 ust 2 obowiązującego w dacie wszczęcie przedmiotowego postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 Nr 226, poz 1817), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art 26 ust. 2b ustawy. a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. Z kolei wśród dokumentów wymienionych w § 2 ww. rozporządzenia brak jest oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy

W związku z powyższym żądanie przez zamawiającego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art 22 ust. 1 ustawy od podmiotów. udostępniających wykonawcy swoje zasoby na zasadach określonych w art 26 ust. 2b ustawy, które będą brały udział w realizacji części zamówienia stanowi naruszenie § 1 ust 2 ww. rozporządzenia

[...]"

Pismem z dnia 24.06.2014 r. Zamawiający wniósł do Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach wskazano:

„[...]

Ad 1. Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art 3 ust1, art 15 ust 1 pkt 5 uznk oraz art 93 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp

1. Zarzut Prezesa UZP w tym zakresie jest niezasadny i nie znajduje potwierdzenia w przywołanych w ramach Informacji pokontrolnej okolicznościach analizowanego stanu faktycznego. Nie zostało wykazane, iż działania i zaniechania dwóch wykonawców równolegle ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, tj. Simple oraz Bazus stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji. Dowodu takiego nie stanowi zarówno odrębnie każde z rzekomych naruszeń wskazywanych w treści Informacji pokontrolnej (co sam przyznaje Prezes UZP), jak również ich suma. Nieuprawnione jest bowiem, zdaniem Zamawiającego, wyciąganie wniosków o niedopuszczalnych praktykach wykonawców równolegle ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia oparte wyłącznie na zsumowanie okoliczności, które same w sobie nie stanowią naruszeń prawa. Trudno jest bowiem stawiać zarzut Zamawiającemu, iż nie wyciągał negatywnych konsekwencji prawnych w stosunku do wykonawców ubiegających się o zamówienie, jeśli wskazywane w Informacji o wyniku kontroli okoliczności nie stanowiły naruszenia przepisów Prawo zamówień publicznych (co wprost stwierdza Prezes UPZ na s. 5 Informacji).

2. Po pierwsze podkreślenia wymaga, iż w dniu składania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spółki Bazus oraz Simple były odrębnymi podmiotami i samodzielny wykonawcami - żadna ze wskazanych spółek nie była w pełni zaangażowana kapitałowo w działalność drugiej z nich. Z oświadczenia spółki Bazus złożonego w ramach formularza oferty (pkt 3, poz. 4 tabeli) wynikało co prawda, iż ww. spółka jest spółką zależną producenta systemu SIMPLE SA (zgodnie ze stosownym wymogiem SIWZ) i partnerem handlowym Simple, nie mniej jednak wskazana okoliczność nie dawała podstaw do stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż fakt wzajemnych powiązań kapitałowych nie oznacza automatycznej utraty autonomii podmiotów w nie zaangażowanych, w tym zwłaszcza konieczności wycofania się z rynku wspólnego dla tych podmiotów. Powszechną praktyką jest zresztą to, że podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej działają na tym samym rynku, konkurując ze sobą także w ramach zamówień publicznych. Praktyka ta jest widoczna zwłaszcza w obszarze branży informatycznej, cechującej się wzajemnymi powiązaniem bazującymi na tożsamy rozwiązaniach i systemach. Co więcej, zdaniem Zamawiającego grupy kapitałowe spółek mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, w związku z czym błędne byłoby arbitralne założenie, że wykonawcy powiązani ze sobą kapitałowo nie dysponują

samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, w tym w zakresie udziału w przetargach. Fakt możliwości prowadzenia działalności konkurencyjnej przez spółki Bazus i Simple potwierdzona została przy tym przez zawarcie pomiędzy wskazanymi podmiotami umowy partnerskiej nr 209/PARP/2010 (cytowanej przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień przekazanych Prezesowi UZP w piśmie z dnia 10 sierpnia 2012 r., która nie była mu znana na etapie oceny ofert, a przedstawiona została przez Bazus w postępowaniu odwoławczym, zakończonym wyrokiem KIO z 26 czerwca 2012 r., dołączonym przez Syntea BS do pisma z dnia 19 lipca 2012 r.), z której wynika, że ww. spółki „nie będą oferować produktów i usług z nim związanych użytkownikom i potencjalnym klientom, którzy zostali zarezerwowani przez drugą stronę lub innego partnera, bez ich zgody”. Z powyższego jednoznacznie wynika, że ww. spółki pomimo istniejących powiązań kapitałowych nadal chcą prowadzić względem siebie działalność konkurencyjną, którą normują jedynie w ramach stosunków wewnętrznych. Zauważyć przy tym należy, że zgoda drugiej strony wymagana jest jedynie w odniesieniu do klientów „zarezerwowanych”, do kategorii których trudno byłoby zakwalifikować zamawiających obowiązanych do nabywania dostaw i usług w reżimie ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, iż treść ww. porozumienia w żaden sposób nie odnosi się do sposobu wykonywania działalności handlowej (warunków na jakich możliwe jest oferowanie produktów i usług) przez każdą ze stron tej umowy, co sugeruje, iż szczegóły ofert składanych przez każdą ze spółek pozostają w obszarze ich swobodnych decyzji handlowych.

Jednocześnie, podkreślenia wymaga, iż w świetle doktryny i orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że sam fakt istnienia pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego powiązań kapitałowych, organizacyjnych czy osobowych nie uprawnia do uznania, iż równoległe złożenie ofert przez wykonawców pozostających w takich stosunkach zależności stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W każdym przypadku wymagana jest bowiem analiza okoliczności faktycznych, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe jedynie wówczas gdy okoliczności danej sprawy dowodziłyby zaistnieniu niedozwolonych prawem praktyk. Takie stanowisko zawarte zostało w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 maja 2009 r. (w sprawie C 538/07 Assitur Srl przeciwko Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura Milano), w którym wskazane zostało, iż samo stwierdzenie, że zainteresowani wykonawcy w tym samym postępowaniu przetargowym pozostają względem siebie w stosunku zależności,

nie wystarczy do automatycznego odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp bez dokonania analizy, czy taki stosunek zależności miał wpływ na zachowania wykonawców w ramach jednego postępowania przetargowego. Podobne stanowisko kilkakrotnie wyrażała w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza - przykładowo w wyroku z dnia 10 lutego 2011 r. (KIO 163/1.1, KI0164/11) Izba wyraziła pogląd, iż w świetle ustawy Pzp nie można przyjąć domniemania, że złożenie przez wykonawców stanowiących jedną grupę kapitałową ofert w jednym postępowaniu należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w znaczeniu ustalonym ustawą uznk. Również sądownictwo powszechnie potwierdza wskazaną linię interpretacyjną podnosząc, że ustawa Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z 2013 r. (a więc w brzmieniu mającym zastosowanie do przedmiotowego stanu faktycznego) nie limitowała w żaden sposób udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego podmiotów powiązanych kapitałowo, finansowo czy organizacyjnie (tak m.in. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 16 lutego 2012 r., XGa 706/11).

Po przeanalizowaniu całości ofert złożonych przez wykonawców Simple i Bazus Zamawiający nie dopatrył się również okoliczności świadczących o tym, by złożenie ofert przez Simple i Bazus stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co wynika z uzasadnienia przedstawionego w ramach punktów przedstawionych poniżej w ramach niniejszego pisma.

3. Nie budził wątpliwości Zamawiającego fakt, iż obaj wykonawcy zaoferowali ten sam system (system S1MPLE.ERP, którego producentem jest Simple), a jednocześnie wykonawca Bazus korzystał z zasobów Simple na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie potencjału kadrowego oraz wiedzy i doświadczenia. Powszechnie i dozwolone jest oferowanie tego samego produktu przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie tego samego zamówienia - nawet jeśli jeden z nich jest jego producentem. Z punktu widzenia Zamawiającego oceniana jest zgodność produktu z jego potrzebami wyrażonymi w ramach opisu przedmiotu zamówienia - sposób ich realizacji i skonkretyzowanie oferowanego produktu pozostaje natomiast swobodną decyzją każdego z wykonawców. Oferowanie towarów tego samego producenta nie jest zaskakujące zwłaszcza przy zamówieniach z obszaru informatyki, które przez wzgląd na swoją specyfikę opierają się często na rozwiązaniach tożsamyh systemów. jednocześnie, powszechną praktyką jest to, iż producent danego towaru zapewnia wsparcie swojemu kontrahentowi na etapie jego sprzedaży, co w ramach procedur przetargowych przejawia się w zobowiązaniu producenta

(w tym wypadku Simple) do udostępnienia odpowiednich zasobów niezbędnych w celu realizacji zamówienia. Takie działanie w żadnej mierze nie świadczy również o wejściu wykonawców (oferujących ten sam produkt i korzystających ze swoich zasobów) w antykonkurencyjne porozumienie, co potwierdza m.in. KIO w wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r. (KIO 1872/13). Uznanie, że powoływanie się na potencjał podmiotu, który w tym samym postępowaniu samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia jest niezgodne z prawem bądź dobrymi obyczajami byłoby zresztą sprzeczne z zasadą favorem participationis, promującą zaangażowanie jak największej liczby przedsiębiorców w procedury przetargowe, a także z literalną treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który nie wprowadza w tym zakresie takich ograniczeń. Dopuszczalność korzystania z zasobów podmiotów trzecich, które ubiegają się o udzielenie zamówienia zwiększa bowiem konkurencyjność realizując w sposób najpełniejszy dyspozycję zawartą w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powyższe nie budzi również wątpliwości w orzecznictwie - przykładowo w orzeczeniu KIO z dnia 2 listopada 2009 r, (KIO/UZP 1342/09) wskazane zostało, iż "ustawodawca dopuścił, w celu umożliwienia szerszemu gronu potencjalnych wykonawców ubieganie się o zamówienie publiczne, możliwość wykazywania się potencjałem innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro firma Sevitel oświadczyła, iż udostępni firmie Siemens osoby zdolne do realizacji zamówienia, o które również sama się ubiega, to takie działanie można jedynie ocenić, jako zdrowy objaw konkurencji na rynku".

4. Naturalną konsekwencją oferowania tożsamego systemu przez obu wykonawców, a także korzystania przez Bazus z zasobów Simple w zakresie potencjału kadrowego oraz wiedzy i doświadczenia (a co za tym idzie posługiwania się tożsamymi informacjami w tym zakresie) jest podobieństwo treści obu ofert. Zupełnie niezrozumiałym jest w związku z tym powoływanie się w ramach Informacji pokontrolnej na podobieństwo formy i treści dokumentów odnoszących się do oferowanego systemu (charakterystyka oferowanego systemu - załącznik nr 1a do siwz; arkusz funkcjonalności - załącznik nr 1 do siwz; opis zaoferowanego systemu - załącznik nr 11 do siwz), wykazywanej wiedzy i doświadczenia (wykaz usług serwisowych - załącznik nr 5 do siwz) czy potencjału kadrowego (wykaz dysponowania kierownikiem projektu- załącznik nr 6 do siwz; wykaz dysponowania kierownikiem projektu serwisu - załącznik nr 7 do siwz; wykaz dysponowania zespołem konsultantów - załącznik nr 8 do siwz; wykaz osób odpowiedzialnych za tworzenie i rozwój oprogramowania w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia - załącznik nr 9 do

siwz). Oczywiście jest, że Bazus przygotowując swoją ofertę korzystał z materiałów przekazanych mu przez Simple -jako podmiot gwarantujący rzetelne informacje o produkowanym przez siebie systemie, posiadanym doświadczeniu i usługach, które zrealizował, a także o zatrudnionych przez siebie osobach. Powielając informacje przekazane przez Simple (które jednocześnie zostały zawarte w jego ofercie) Bazus wykazał się tak naprawdę należytą starannością w przygotowaniu swojej oferty, dążąc do zapewnienia prawidłowości jej treści we wskazanym zakresie. Nie zmienia tego fakt, że w ramach wykazów potencjału kadrowego Bazus, w sposób niewłaściwy, jako podstawę do dysponowania poszczególnymi osobami wskazał umowę o pracę. Z całokształtu informacji załączonych do oferty, w tym zwłaszcza z zobowiązania Simple do udostępnienia zasobów, jednoznacznie wynika na jakiej podstawie Bazus dysponuje poszczególnymi osobami, w związku z czym rzeczonemu wykonawcy nie można przypisać chęci wprowadzenia Zamawiającego w błąd czy działania zmierzającego do zatajenia tego faktu. Podobieństwo ofert obu wykonawców przejawiające się w wystąpieniu tożsamego błędu w ramach dokumentu stanowiącego wykaz informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa również nie wzbudziło w połączeniu z pozostałymi okolicznościami stanu faktycznego, wątpliwości Zamawiającego. Istotnie we wskazanym dokumencie znajdującym się zarówno w ofercie Bazus, jak i Simple powołano się na wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, co zdaniem Zamawiającego świadczy jednak jedynie o tym, że wykonawcy posługiwali się wzorem dokumentu nieaktualnym dla przedmiotowego stanu faktycznego. Nie wykluczone, że wzór takiego dokumentu został przekazany spółce Bazus przez spółkę Simple, co z kolei jest jednak naturalną konsekwencją tego, że informacje, które miały zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie Bazus stanowiły de facto know-how spółki Simple i odnosiły się do udostępnianego przez niego potencjału. Wskazanie, które z informacji udostępnionych w ramach zobowiązania spółki Simple mają być zastrzeżone w ofercie Bazus i forma w jakiej to nastąpiło (nawet przy założeniu, że nastąpiło to w drodze przekazania wzoru dokumentu) nie może być uznana za jedną z okoliczności potwierdzających dokonywanie niedozwolonych porozumień pomiędzy wskazanymi wykonawcami. Jak najbardziej usprawiedliwionym jest fakt, że te same dokumenty przedłożone w ramach oferty Simple i Bazus zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa - logicznym jest bowiem, iż spółka Simple zastrzegając pewne informacje w swojej ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa podjęła starania aby informacje te nie zostały udostępnione

także w ofercie Bazus, korzystającej w tym zakresie z tożsamyh dokumentów. Potwierdza to zdaniem Zamawiającego jedynie, że w odniesieniu do wskazanych informacji i dokumentów podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, co stanowi jedną z przesłanek kwalifikujących do uznania określonej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że zarówno KIO, jak i sądy powszechne nie znajdowały podstaw do uznania, iż pomiędzy wykonawcami miało miejsce niedozwolone uzgadnianie treści ofert także w sytuacji podobieństw redakcyjnych występujących pomiędzy złożonymi ofertami. Tytułem przykładu warto przywołać wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2010 r. (KIO 867/10), w którym stwierdzono, iż "Zamawiający na potwierdzenie zaistnienia zmowy przetargowej przedstawił jedynie dowody pośrednie, wskazując na: powiązania rodzinne powyższych wykonawców, podobieństwo ofert sporządzonych w postępowaniu (ten sam układ pisma, odstępy, identyczność przekreśleń wzoru umowy, ten sam rodzaj kartek itp.), ten sam numer faksu wskazany zamawiającemu w celu porozumiewania się z wykonawcami. W ocenie Izby podnoszone informacje dotyczące powiązań rodzinnych, gospodarczych, technicznych czy organizacyjnych, formy składanych dokumentów czy linii telefonicznej nie są wystarczające dla stwierdzenia istnienia zmowy przetargowej w przedmiotowym postępowaniu pomiędzy wykonawcami F. Marcin F, i PBM F.B. Stanisław F., której celem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku". Podobne stanowisko wyrażone zostało w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 16 lutego 2012 r. (X Ga 706/11], w którym wskazane zostało, iż "powiązania kapitałowe, osobowe i organizacyjne pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nawet podobieństwo graficzne części dokumentów nie dowodzą istnienia pomiędzy nimi porozumienia ograniczającego konkurencję".

5. O istnieniu stosowania praktyk ograniczających uczciwą konkurencję nie świadczą też ceny zaofertowane przez obu wykonawców, w szczególności fakt, że ofertę z niższą ceną składa partner handlowy producenta systemu. Zamawiający po raz kolejny wskazuje w tym kontekście na okoliczność, iż w wielu innych organizowanych przez siebie przetargach otrzymuje oferty składane przez producentów i ich partnerów handlowych i w wielu przypadkach oferty producentów zawierają znacznie wyższe ceny od cen ofert składanych przez ich partnerów handlowych. Jest to konsekwencją możliwości uzyskiwania rabatów cenowych od producentów i świadczy o prowadzeniu odmiennej polityki cenowej przez

podmioty występujące na rynku usług informatycznych. Konsekwencją współzawodnictwa gospodarczego jest bowiem to, że każdy z działających podmiotów zmierzając do zwiększenia swojej efektywności na rynku kalkuluje składane przez siebie oferty w sposób dający mu największe szanse na uzyskanie zamówienia, uwzględniając koszty prowadzonej przez siebie działalności. Warto również zwrócić uwagę, iż rynek usług informatycznych jest niezwykle nasycony, w związku z czym potencjalni wykonawcy, aby uzyskać do niego dostęp, a tym samym stosowne doświadczenie, którym mogliby posługiwać się w ramach kolejnych postępowań (a więc zwiększyć swoją efektywność na rynku zamówień publicznych), są w stanie obniżyć swoje zyski z danego przedsięwzięcia.

Zasadnicza różnica w cenach zaoferowanych przez obu wykonawców dotyczyła kosztu dostawy licencji systemu SIMPLE. ERP, które Simple (producent wskazanego systemu) skalkulowało na wyższym poziomie niż wykonawca Bazus (korzystający z tego samego systemu). Warto w tym kontekście zauważyć, iż w ramach kalkulacji pozycji 1 tabeli zawartej w pkt 4 formularza oferty (dotyczącej kosztu dostawy licencji) wykonawca Bazus popełnił omyłkę, zakwalifikowaną przez Zamawiającego jako omyłkę z art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Po jej uwzględnieniu (na co ze względów ekonomicznych wykonawca Bazus nie wyraził zgody; o czym szerzej w pkt 6 poniżej) cena za dostawę licencji ulegałaby znacznemu zmniejszeniu (o wartość 119.925,00 zł). Nie można więc wykluczyć, iż wykonawca Bazus skalkulował koszt licencji na wskazanym poziomie licząc na „rekompensatę” w postaci dodatkowej kwoty za serwer - co jednak nie było zgodne z założeniami siwz. Brak zakwalifikowania tej kwoty jako omyłki prowadziłaby z kolei do znacznego zmniejszenia dysproporcji pomiędzy cenami zaoferowanymi za licencję przez Bazus oraz Simple. Ponadto, cena systemu produkcji Simple stanowi jedynie ok. 33 % ceny całkowitej oferty Bazus. Na pozostałe elementy cenotwórcze składają się przede wszystkim usługi o charakterze intelektualnym, wyceniane w różny sposób przez różnych wykonawców.

Jako czynnik cenotwórczy, wskazać należy przede wszystkim na zróżnicowane koszty działalności obu spółek, które w sposób bezpośredni przekładać się mogą na kalkulacje składanych przez nich ofert. Po pierwsze, Wykonawca Bazus (składający tańszą ofertę) oraz wykonawca Simple (składający ofertę droższą) mają siedziby swoich przedsiębiorstw w różnych miastach - spółka Bazus w Lublinie, natomiast Simple w Warszawie, gdzie bezsprzecznie koszty świadczonych usług i utrzymania siedziby przedsiębiorstwa są znacznie wyższe. Warto również zwrócić uwagę, iż spółka Simple dysponuje kadrą osób, które wskazała w ramach swojej oferty, na podstawie umowy o pracę - ponosi więc stałe

koszty utrzymania wysoko wykwalifikowanych pracowników, z czego zwolniona jest spółka Bazus, korzystająca ze wskazanej kadry jedynie doraźnie w celu realizacji poszczególnych elementów przedmiotowego zamówienia. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w ofertach obu wykonawców. Zamawiający wskazuje, że „oszczędności” Bazus wygenerował w kosztach wykonania usług informatycznych. Zamawiający zwraca uwagę przede wszystkim na poz. 111.1 (tabela w pkt. 4 formularza oferty), w której wycenione zostały koszty wdrożenia systemu (w ofercie Bazus: 553.500,00 zł. w ofercie Simple: 828.280,00 zł.) oraz w pozycji IV.3 (tabela w pkt. 4 formularza oferty), w której wyceniona została średnia stawka 1 roboczogodziny (120 jednostek) za realizację drobnych prac rozwojowych niezależnie od rodzaju pracy i stanowiska (w ofercie Bazus: 1.476,00 zł. w ofercie Simple: 2.164,80 zł.). Jednocześnie, zdaniem Zamawiającego, podobne ceny ofert Bazus i Simple w pozycjach wskazanych w pkt 4, 5 i 6 Informacji z wyniku kontroli tj. prace przygotowawcze, wykonanie analizy przedwdrożeniowej oraz koszt asysty powdrożeniowej nie świadczą o uzgadnianiu tych cen, lecz są wynikiem oferowania tego samego systemu oraz korzystania na tym etapie realizacji zamówienia - co do zasady - z tego samego potencjału osobowego (co wynika ze złożonych przez obu wykonawców wykazów na potwierdzenie warunku w zakresie dysponowania kluczowymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia). Zamawiający wyjaśnia, że prawidłowa realizacja niniejszego zamówienia uzależniona jest od prawidłowego rozeznania struktury organizacyjnej Zamawiającego, w szczególności struktury występujących u niego kosztów, oraz jego specyficznych potrzeb. Z obu ofert wynika, że ten zakres prac (prace przygotowawcze oraz wykonanie analizy przedwdrożeniowej oraz asysty powdrożeniowej) wykonywany będzie przez ten sam zespół ludzki wyceniany na tym samym poziomie. Natomiast dalsze prace wdrożeniowe obejmują działania zdecydowanie większego zespołu informatyków zarabiających, jak wskazano wyżej na różnym poziomie u poszczególnych wykonawców.

Reasumując, Zamawiający po raz kolejny zwraca uwagę, iż różnice w poszczególnych pozycjach wyceny przedmiotu zamówienia nie są znaczące i mieszczą się, zdaniem Zamawiającego, w racjonalnych ramach wynikających z oferowania tożsamesgo systemu i korzystania z tożsamesgo zespołu osobowego. Tym samym, pewne rozróżnienie cen w ramach ofert Bazus i Simple nie świadczy o ograniczeniu konkurencji - przeciwnie świadczy to jedynie o wzajemnej konkurencji pomiędzy wykonawcami Bazus i Simple.

6. Istnienia praktyk ograniczających konkurencję nie potwierdza również fakt braku wyrażenia przez wykonawcę Bazus zgody na poprawienie omyłki zidentyfikowanej przez Zamawiającego w jego ofercie. Sam wykonawca jednoznacznie stwierdził, iż nie wyraża zgody na poprawienie rzeczony omyłki z przyczyn ekonomicznych, co jak zostało wykazane w pkt 5 powyżej, może świadczyć o fakcie, iż wycena licencji za serwer stanowiła ekonomiczne uzasadnienie złożonej przez niego oferty. Zgoda na poprawienie rzeczony omyłki znajduje się w sferze swobodnej decyzji wykonawcy i nie może być negatywnie postrzegana z punktu widzenia przepisów prawa czy dobrych obyczajów. W tym kontekście warto przy tym przywołać orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 3 października 2007 r. (UZP/ZO/0-1182/07), w ramach którego, w okolicznościach podobnego stanu faktycznego, w którym wykonawca oferujący najniższą cenę, powiązany kapitałowo z wykonawcą zajmującą drugą lokatę, nie wyrażając zgody na poprawienie omyłek rachunkowych w swojej ofercie, doprowadził do wyboru jako najkorzystniejszej oferty zajmującej pierwotnie drugą lokatę. Zespół Arbitrów stwierdził wówczas, że działanie takie nie może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na fakt, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wprowadzają zakazu uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia powiązanych ze sobą podmiotom. Natomiast wyrażenie przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki rachunkowej jest uprawnieniem wykonawcy i brak takiej zgody nie może być uznawany za działanie naruszające prawo.

Na marginesie należy jednocześnie wskazać, iż w ofercie wykonawcy Bazus stwierdzone zostały również inne uchybia, do uzupełnienia których rzeczony wykonawca został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i które w sposób prawidłowy zostały przez niego uzupełnione w terminie wskazanym przez Zamawiającego, co zdaniem Zamawiającego nie miałyby miejsca gdyby rzeczony Wykonawca w sposób intencjonalny chciał zostać wykluczony z postępowania.

7. Po analizie całości treści ofert złożonych przez wykonawców Bazus i Simple Zamawiający nie znalazł podstaw do uznania, iż ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji i wymuszenie na Zamawiającym zakupu towaru u określonego przedsiębiorcy. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, iż postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, co dawało nieskrępowaną możliwość udziału w nim szerokiej gamie podmiotów zainteresowanych. Na marginesie zauważyć należy, iż Syntea Business Solution Sp. z o.o. - wnoszący o przeprowadzenie kontroli rzeczony

postępowania -sam niejako pozbawił się możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia poprzez niezgodność swojej oferty z siwz, a także znaczne przeszacowanie swojej oferty (cena oferty Synea Business Solution Sp. z o.o. skalkulowana została na poziomie 4.225.626,48 zł brutto; podczas gdy szacunkowa wartość zamówienia określona została na poziomie 3.612.540,00 zł netto, a Zamawiający na realizację przedmiotowego zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 2.800.000 zł brutto). Co więcej, rzeczony Wykonawca nie skorzystał z procedur odwoławczych przewidzianych przez ustawę Pzp - a z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli - wystąpił po uzyskaniu informacji o orzeczeniu zapadłym w sprawie o sygn. KIO 1225/12, KIO 1229/12, w ramach którego potwierdzono zasadność odrzucenia oferty Bazus i Simple na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w ramach postępowania prowadzonego przez Politechnikę Gdańską. Z całą stanowczością należy jednak podkreślić, iż w obu postępowaniach, tj. postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Gdańską oraz Uniwersytet Łódzki występowały odmienne okoliczności faktyczne, w związku z czym nie można dokonywać bezpośredniej analogii rozstrzygnięcia zapadłego w ww. sprawie. Zamawiający podtrzymuje w tym zakresie, uwagi poczynione w piśmie z dnia 10 sierpnia 2012 r. wskazujące na odmienne stany faktyczne obu postępowania. Niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazuje, iż analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku, iż pomimo istnienia powiązań kapitałowych, osobowych czy ekonomicznych pomiędzy podmiotami ubiegającymi się o udzielenie tego samego zamówienia, a także podobieństw w treści czy redakcji ofert składanych przez podmioty w taki sposób powiązane, nie stanowi to podstawy do uznania, iż doszło do praktyk naruszających konkurencję. Mając na uwadze powyższe, oraz treść ofert złożonych przez Bazus i Simple, Zamawiający, działając zgodnie z zasadą favorem participationis nie znalazł podstaw do odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców. Podkreślenia wymaga bowiem po raz kolejny, iż w okolicznościach przedmiotowego postępowania brak było dowodów na istnienie niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję - wykonawcy Bazus i Simple złożyli odrębne oferty, kalkulując je w sposób zindywidualizowany i przedkładając stosowne dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oferty obu wykonawców nie były obarczone tymi samymi błędami formalnymi - wykonawca Bazus nie złożył wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenie i popełnił omyłkę w formularzu oferty; podczas gdy oferta wykonawcy Simple - nie zawierała braków formalnych i nie była uzupełniana.

Zamawiający - w ślad za wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 16.02.2012 r. (X Ga 706/11) oraz uchwałą KIO z dnia 4 maja 2012 r. (KIO/KU 44/12) - zauważa jednocześnie, że większość zachowań konkurujących ze sobą na rynku podmiotów ma na celu utrudnienie konkurentom dostępu do rynku, na czym w ogóle polega współzawodnictwo gospodarcze. Nie można w związku z tym kwalifikować jako naruszającego dobre obyczaje, zachowania wskazującego na wysoką staranność i dążenie do pozyskania zamówienia, co na rynku zamówień publicznych zawsze wiąże się z koniecznością konkurowania na warunkach narzuconych przez zamawiającego. W okolicznościach analizowanego stanu faktycznego warunki narzucone przez Zamawiającego implikowały dla wykonawcy Bazus konieczność posłużenia się potencjałem podmiotów trzecich, którą to konstrukcję prawną wykonawca ten wykorzystał, zachowując przy tym należyłą staranność w zakresie chociażby objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przekazanych mu w tym celu, które taki walor posiadały.

Jednocześnie Zamawiający w celu wzmocnienia argumentacji w zakresie powyższych zarzutów w załączeniu składa opinię autorstwa dr Beaty Giesen, przygotowaną dla Kanclerza Uniwersytetu Łódzkiego, dr Rafała Majdy.

Ad 2. Zarzut naruszenia art 22 ust1 pkt 3 ustawy Pzp w zw, §1 ust 1 pkt 6 i 7 Rozporządzenia w/s dokumentów

1. Zarzut Prezesa UZP dotyczący żądania oświadczenia o posługiwaniu się przez konsultantów językiem polskim jest niezasadny, z uwagi na fakt, iż informacje podawane w ramach wskazanego oświadczenia mogłyby znaleźć się w ramach wykazu osób, który jest dokumentem wymienionym w przepisach Rozporządzenia w/s dokumentów i jest niczym innym, jak oświadczeniem wykonawcy. Fakt posługiwania się przez konsultantów językiem polskim można byłoby bowiem uznać za kwalifikację wskazanych osób i jako takich żądać ich przedstawienia w treści rzeczonoego wykazu, jednocześnie, zauważyć należy, iż stawianie przez Zamawiającego wymagania, aby część personelu posługiwała się językiem polskim może być uznane za usprawiedliwione w okolicznościach konkretnego przypadku (co zdaniem Zamawiającego z uwagi na specyfikę zamówienia miało miejsce w analizowanym przypadku). jest to jednak okoliczność wtórna względem zarzutu stawianego przez Prezesa UZP, który skupia się na formie żądanego dokumentu, nie kwestionując zasadności i zgodności z prawem tak postawionego warunku.

2.

2. Niezależnie od powyższego, jedynie z ostrożności, należy zauważyć, iż nawet gdyby uznać, że wymaganie wskazanego oświadczenia było niezasadne, jako nieważne z mocy prawa, nie mogłoby zostać uznane za naruszenie §1 ust. 6 i 7 Rozporządzenia w/s dokumentów. Uznaje się bowiem, że formułowanie wymogów, które bez konieczności dokonywania interpretacji przepisów prawa są z nimi niezgodne jest nieważne ex legē i nie wywołuje jakichkolwiek skutków prawnych. Potwierdza to m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 maja 2013 r. [KIO 961/13) w którym stwierdzone zostało, iż „(...) żądanie takich dokumentów (przyp. CV, kopie uprawnień, dowód opłacenia aktualnej składki członkowskiej do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, czy referencji) nie było dopuszczalne na gruncie rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów z 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania, zgodnie z art 4 ust 1 ustawy z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi Dz.U. poz. 1217). Zatem ewentualne wymaganie zamawiającego złożenia wymienionych dokumentów jest nieważne ex legē i nie wywiera skutków prawnych”.

[...]

Ad 3. Zarzut naruszenia §1 ust. 2 Rozporządzenia w/s dokumentów

1. Zarzut Prezesa UZP dotyczący żądania od podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji części zamówienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jest niezasadny.

Zamawiający żądając przedłożenia odpowiednich dokumentów przez podmioty trzecie, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, dokonał bowiem powielenia konstrukcji przewidzianej w §1 ust. 2 Rozporządzenia w/s dokumentów i jego intencją było żądanie jedynie dokumentów określonych w §2 rzeczonoego Rozporządzenia, a więc dokumentów przedkładanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Powyższe potwierdza fakt, iż w nagłówku Rozdziału IV.6.1 siwz, określającego dokumenty, do przedłożenia których zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV.5 siwz zobowiązane zostały podmioty trzecie biorące udział w realizacji części zamówienia, wskazane zostało, iż dokumenty w nim określone składane są w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. W ramach Rozdziału IV.6.1. siwz istotnie wymieniono również oświadczenie o spełnianiu warunków wynikających z art. 22 ust. 1-4 ustawy Pzp (Rozdział IV.6.1.1 siwz), które nie mieści się w kategorii dokumentów

przedkładanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Nieprecyzyjna redakcja Rozdziału IV.6.1. siwz i umieszczenie w jego ramach również dokumentu przedkładanego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie powinna jednak skutkować uznaniem, iż rzeczony oświadczenie było dokumentem wymaganym od podmiotów trzecich biorących udział w realizacji części zamówienia.

Jak zostało wskazane powyżej, całościowa interpretacja postanowień SIWZ prowadzi bowiem do wniosku, że podmioty trzecie biorące udział w realizacji części zamówienia, zobowiązane zostały jedynie do przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a więc dokumentów określonych w §2 Rozporządzenia w/s dokumentów.

2. Niezależnie od powyższego, jedynie z ostrożności, należy powołać się na cytowany w ramach pkt Ad2 wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r. (KIO 961/13), którego przełożenie na okoliczności analizowanego stanu faktycznego, świadczyć będzie o tym, iż ewentualne uznanie, iż od podmiotów trzecich istotnie wymagane było przedłożenie ww. oświadczenia, oznaczać będzie nieważność takiego postanowienia, a tym samym nie będzie wywoływać negatywnych skutków dla Zamawiającego. Wynika to z faktu, iż z treści §1 ust. 2 Rozporządzenia w/s dokumentów wynika, iż jeżeli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w §2 rzeczonoego Rozporządzenia, w ramach którego nie zostało wymienione oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp. Wytyczne w tym zakresie nie wymagają interpretacji i jednoznacznie świadczą o tym, że Zamawiający nie ma możliwości żądania od podmiotów trzecich ww. dokumentów i jeżeli taki wymóg wynikałby z postanowień siwz, to byłoby to postanowienie nie wywołujące żadnych skutków prawnych. Skoro taki ew. wymóg nie wywołuje jakichkolwiek skutków, należałoby go traktować jako nieistniejący i nie mógłby zostać uznany za naruszenie §1 ust. 2 Rozporządzenia w/s dokumentów.

[...]"

Pismem z dnia 08.07.2014 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego o nie uwzględnieniu ww. zastrzeżeń oraz ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosząc zastrzeżeń Zamawiającego w ww. piśmie wskazano:

„[...]”

Odnosząc się do powyższej argumentacji pełnomocnika zamawiającego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż przedstawienie bezpośredniego dowodu na istnienie czynu nieuczciwej konkurencji jest niezwykle trudne dowodowo, a często wręcz niemożliwe. Jednakże brak bezpośredniego dowodu potwierdzającego czyn nieuczciwej konkurencji nie stanowi przeszkody w jego ustaleniu na podstawie całokształtu okoliczności towarzyszących udziałowi danych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy również wskazać, że wbrew twierdzeniom Pełnomocnika Zamawiającego podstawą stwierdzenia wskazanego w pkt I Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia przepisów ustawy Pzp, nie było wyłącznie twierdzenie, że ww. podmioty pozostają ze sobą w stosunku zależności, lecz szereg okoliczności wskazujących na ich celowe i uzgodnione działanie. W ocenie Prezesa Urzędu, analiza naruszenia stwierdzonego w punkcie I Informacji o wyniku kontroli doraźnej winna być dokonana całościowo, z uwzględnieniem wszystkich zachowań wykonawców SIMPLE S.A. oraz BAZUS Sp. z o.o. podejmowanych w toku przedmiotowego postępowania, a nie pojedynczo, co też uczynił pełnomocnik zamawiającego. W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, oferty, dokumenty i oświadczenia oraz wyjaśnienia składane w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez firmy SIMPLE S.A. oraz BAZUS Sp. z o.o. stanowią pośrednie dowody na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji między producentem systemu SIMPLE. ERP firmą SIMPLE S.A. a jego partnerem handlowym BAZUS Sp. z o.o.

Podkreślić należy, iż choć poszczególne okoliczności wskazane w naruszeniu i uzasadniające odrzucenie ofert wykonawców SIMPLE S.A. oraz BAZUS Sp. z o.o. w świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pojedynczo mogą stanowić samodzielną czynność wykonawcy nienaruszającą przepisów prawa, to jednak w przedmiotowej sprawie suma wskazanych przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2014 r. okoliczności oraz fakt ich jednoczesnego wystąpienia, w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje na to, iż działania ww. wykonawców były sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz przepisami prawa, mającymi na celu uzyskanie korzyści w sferze gospodarczej poprzez wymuszenie na zamawiającym (kliente) wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy oraz stworzenie warunków wymuszających na zamawiającym (kliente) zakupu usługi u określonego przedsiębiorcy. Należy stwierdzić, że okoliczności mające

uzasadniać zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji nie powinny być badane pojedynczo, lecz rozważane jako całość stanowiącą rezultat wszystkich działań oraz zaniechań wykonawców w toku postępowania, w przeciwnym bowiem razie dokonywana przez zamawiającego ocena ofert byłaby niekompletna i niemiarodajna.

W niniejszej sprawie efektem braku kompleksowej oceny ofert ww. wykonawców oraz podejmowanych przez nich czynności był wybór droższej oferty osiągnięty w wyniku uchylecia się przez spółkę zależną firmy SIMPLE SA, tj. BAZUS Sp. z o.o. od możliwości poprawienia stwierdzonej przez zamawiającego innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy polegającej na modyfikacji treści formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 a do SIWZ w części dotyczącej wyceny przedmiotu zamówienia w zakresie punktu I, tj. Dostawa licencji Systemu ERP i systemów zależnych poprzez dodanie w punkcie 1.1. jednej licencji za serwer za kwotę 119 925,00 zł brutto.

W związku z powyższym stwierdzić należy, iż w opinii Prezesa Urzędu, całokształt okoliczności kontrolowanego postępowania wskazuje, że wykonawcy SIMPLE S.A. oraz BAZUS Sp. z o.o. zrezygnowali z konkurencji między sobą na rzecz współpracy przy składaniu ofert oraz uzgadnianiu czynności podejmowanych w toku postępowania, w celu uzyskania zamówienia za wyższą cenę przy wykorzystaniu mechanizmu ustawy służącego poprawianiu omyłek w ofertach, którego skuteczność jest warunkowana zgodą wykonawcy, w konsekwencji prowadząc do wymuszenia na zamawiającym zakupu usługi u wykonawcy SIMPLE SA

Ponadto, odnosząc się do przywołanego przez pełnomocnika zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1225/12 oraz KIO 1229/12, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Politechnikę Gdańską, którego przedmiotem była dostawa, wdrożenie i wsparcie po wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego - eKwestura wspomagającego procesy gospodarcze występujące w działalności Politechniki Gdańskiej w obszarach: finansowo - księgowym, ewidencji majątku, logistycznym, kontrolingu wskazać należy, że mimo iż Izba oddaliła odwołanie BAZUS Sp. z o.o. (odwołujący w sprawie o sygnaturze akt: KIO 1229/12 nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy w związku z nieobjęciem zarzutami odwołania wszystkich podstaw odrzucenia oferty) to Izba odniosła się pokrótce do stanowiska odwołującego stwierdzając, że: „Każda z przyczyn odrzucenia oferty przez zamawiającego oceniana odrębnie może stanowić działanie przypadkowe, samodzielne i niezależne czynności wykonawcy związanej z przygotowaniem ofert, która nie

narusza prawa. Jednak fakt ich jednoczesnego wystąpienia w takiej liczbie wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawcy ci działali w porozumieniu. Okoliczności uzasadniające zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji nie powinny być badane pojedynczo, lecz oceniane jako pewna całość stanowiąca rezultat działania wykonawców. Izba uznała, że podobieństwa oferty odwołującego i SIMPLE S.A. zarówno, co do formy, jak i co do treści, oferowanie realizacji przedmiotu zamówienia de facto w ten sam sposób, przez ten sam personel, wskazują jednoznacznie, że zaistniały one nie skutkiem korzystania z tego samego konsultanta zewnętrznego - jako wywodził to odwołujący na rozprawie - lecz nastąpiły jako rezultat współpracy wykonawców, którzy powinni konkurować ze sobą w postępowaniu. Współpraca ta wynika również z umowy o partnerskiej nr 209/PAR/2010 zawartej między SIMPLE S.A. a HIGHCOM s.c. w Lublinie (poprzednika prawnego odwołującego) złożonej na rozprawie przez odwołującego. Postanowienie pkt 2.6.3. umowy głosi, że strony będą przestrzegać zakazu konkurencji tzn. nie będą oferować produktów i usług z nim związanych użytkownikom i potencjalnym klientom, którzy zostali zarezerwowani przez drugą stronę lub innego partnera, bez ich zgody." Tym samym w ww. orzeczeniu Izba uznała, że działania odwołującego i SIMPLE S.A. pozostały w sprzeczności z dobrymi obyczajami, co naruszało interes zamawiającego - klienta w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz uznała, że zachowanie ww. wykonawców wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 5 tejże ustawy.

Niezależnie od powyższego dodać należy, iż pełnomocnik zamawiającego nie kwestionuje w zastrzeżeniach do wyniku kontroli doraźnej z dnia 24 czerwca 2014 r. dokonanej przez Prezesa Urzędu oceny stanu faktycznego kontrolowanego postępowania, w tym w szczególności ustaleń odnośnie treści złożonych ofert wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami wykonawców BAZUS Sp. z o.o. oraz SIMPLE S.A., istniejących pomiędzy tymi wykonawcami powiązań kapitałowych, błędów merytorycznych w ofertach oraz omyłek pisarskich („literówek”), a także innych czynności podejmowanych przez ww. podmioty w toku postępowania wymienionych w punkcie I Informacji o wyniku kontroli doraźnej, zwłaszcza „omyłki” w ofercie firmy BAZUS Sp. z o.o. w treści formularza oferty oraz wyboru droższej oferty wykonawcy SIMPLE S.A.

W końcu odnosząc się do przedłożonej przez zamawiającego opinii prawnej z dnia 20 czerwca 2014 r. sporządzonej na zlecenie Kanclerza Uniwersytetu Łódzkiego Pana dr Rafała Majdy, której celem było udzielenie odpowiedzi na pytanie: „Czy czyn opisany przez Urząd Zamówień Publicznych w dokumencie z dnia 16.06.2014 r. Informacja o wyniku kontroli

doraźnej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji?", przez pracownika zamawiającego -Panią dr Beatę Giesen, stwierdzić należy, iż przedmiotowa opinia stanowi dokument prywatny i jest dowodem tego, że osoba która ją podpisała wyraziła pogląd w niej zawarty, lecz nie korzysta z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyrok SN z dnia 8 czerwca 2001 r., sygn. akt: I PKN 468/00).

Mając na uwadze powyższe, podtrzymuję stwierdzone w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2014 r. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym podtrzymuję również stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2014 r. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

II. W odniesieniu do stwierdzonego w pkt. 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, z uwagi na żądanie przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego oświadczenia, że konsultanci posługują się biegle językiem polskim, tzn. posiadają obywatelstwo polskie lub posiadają certyfikat znajomości języka polskiego, pełnomocnik zamawiającego podniósł, że informacje podawane w ramach wskazanego oświadczenia mogłyby się znaleźć w ramach wykazu osób, który jest dokumentem wymienionym w przepisach ww. rozporządzenia i jest niczym innym jak oświadczeniem wykonawcy. Zdaniem pełnomocnika zamawiającego fakt posługiwania się przez konsultantów językiem polskim można byłoby bowiem uznać za kwalifikacje wskazanych osób i jako takich żądać ich przedstawienia w treści rzeczzonego wykazu.

Ustosunkowując się do powyższej argumentacji pełnomocnika zamawiającego, stwierdzić należy, iż nie zasługuje one na uwzględnienie. Jak wskazano w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia na okoliczność wykazania się przez wykonawcę potencjałem kadrowym zamawiający uprawniony był do żądania odpowiednio wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonanych przez

nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, a także oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Zważywszy na okoliczność, iż katalog dokumentów określonych w § 1 ww. rozporządzenia, których zamawiający mógł żądać w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy był zamknięty, zamawiający nie był uprawniony do żądania ww. oświadczenia. Ponadto, nie sposób uznać okoliczność posiadania obywatelstwa polskiego za rodzaj kwalifikacji zawodowej danej osoby. Dodatkowo wskazać należy, iż pełnomocnik zamawiającego nie wykazał słuszności i zasadności żądania przez zamawiającego, aby część personelu wykonawcy posługiwała się biegle językiem polskim, tzn. posiadała obywatelstwo polskie lub posiadała certyfikat znajomości języka polskiego.

Mając na uwadze powyższe, podtrzymuję stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2014 r. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 ww. rozporządzenia.

III. W odniesieniu do stwierdzonego w pkt. 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), obowiązującego w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, z uwagi na żądanie przez zamawiającego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy od podmiotów udostępniających wykonawcy swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, pełnomocnik zamawiającego wskazał, iż intencją zamawiającego było żądanie jedynie dokumentów określonych w § 2 ww. rozporządzenia, tj. dokumentów przedkładanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. Powyższe zdaniem pełnomocnika zamawiającego miał potwierdzać fakt, iż w nagłówku Rozdziału IV.6.1. SIWZ, określającego dokumenty, do przedłożenia których zgodnie z postanowieniem Rozdziału IV.5 SIWZ zobowiązane zostały podmioty trzecie biorące udział w realizacji części zamówienia, wskazane zostało, iż dokumenty w nim określone składane są w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Jednocześnie w zastrzeżeniach do wyniku kontroli z dnia 24 czerwca 2014 r. pełnomocnik zamawiającego przyznał, iż zamawiający nie mógł żądać oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy od podmiotów,

udostępniających wykonawcy swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Odnosząc się do powyższej argumentacji pełnomocnika zamawiającego stwierdzić należy, iż zgodnie z art. 161 ust. 1 i 2 ustawy, Prezes Urzędu przeprowadza kontrolę udzielania zamówień, której celem jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że kontrola przeprowadzana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dokonywana jest w oparciu o kryterium legalności. Zatem Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie dokonuje oceny intencji zamawiającego, którymi kierował się on w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a które nie zostały wyrażone w toku postępowania w sposób jednoznaczny. Ocenia natomiast zgodność podjętych przez niego działań z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto wskazać należy, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek starannego i rzetelnego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak aby wykonawcy ubiegający się o jego udzielenie pozbawieni byli wątpliwości odnośnie zakresu żądanych przez zamawiającego dokumentów. Innymi słowy zakres wymaganych dokumentów powinien być jasno określony przez zamawiającego w SIWZ, a nie domniemywany przez wykonawców, którym nieznane są intencje zamawiającego.

Zatem nieprecyzyjna redakcja Rozdziału IV.6.1 SIWZ i umieszczenie w jego ramach także oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy nie stanowi okoliczności usprawiedliwiającej błąd zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, podtrzymuję stwierdzone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2014 r. naruszenie § 1 ust. 2 ww. rozporządzenia.

Jednocześnie, odnosząc się łącznie do punktu II i III niniejszego pisma dodać należy, iż z treści art. 161 ustawy wynika, że w toku kontroli Prezes Urzędu bada całokształt okoliczności danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stwierdza naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym również te niemające wpływu na wynik postępowania, które wskazuje w informacji o wyniku kontroli.

Następnie odnosząc się do przywołanego przez pełnomocnika zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 961/13 w odniesieniu do punktu 2 i 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazać należy, iż ww. wyrok wydany został w innych okolicznościach faktycznych oraz na podstawie odmiennych postanowień SIWZ i nie znajduje oparcia w okolicznościach kontrolowanego postępowania. Z treści ww. orzeczenia Izby wynika bowiem, iż Izba uznała za zasadne zaniechanie wezwania

konsorcjum do uzupełnienia dokumentów (CV, kopie uprawnień, dowodu opłacenia aktualnej składki członkowskiej do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, czy referencji) - niedopuszczalnych na gruncie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), których brak zarzucał odwołujący. W takich okolicznościach zgodzić się należy ze stanowiskiem Izby, iż ewentualne wymaganie zamawiającego złożenia wymienionych dokumentów niedopuszczalnych na gruncie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 30 grudnia 2009 r. jest nieważne ex lege i nie wywiera skutków prawnych, tzn. wykonawca nie jest zobligowany do złożenia wraz z ofertą niedopuszczalnych dokumentów, nadto zamawiający nie ma uprawnienia do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, których nie mógł być żądać, a w sytuacji gdyby wezwał wykonawcę do ich uzupełnienia, to zaniechanie złożenia dokumentów nie może wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Tymczasem przedmiotem oceny Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie, była czynność pierwotna zamawiającego polegająca na żądaniu w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu złożenia niedopuszczalnych, na gruncie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, oświadczeń. Kwestia wywoływanych skutków prawnych żądanych oświadczeń jest kwestią wtórną w stosunku do niezgodnego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz aktu wykonawczego do niej działania zamawiającego polegającego na żądaniu złożenia oświadczenia, że konsultanci posługują się biegle językiem polskim, tzn. posiadają obywatelstwo polskie lub posiadają certyfikat znajomości języka polskiego oraz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy od podmiotów, udostępniających wykonawcy swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

[...]"

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP w sprawie popełnionych naruszeń przepisów ustawy wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, a argumentację sformułowaną na ich poparcie w ww. *Informacji* oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, uznaje za własną.

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

Przewodniczący:

Sylwia Kuczyńska

Członkowie:

Piotr Wziwulski

Oficjalny



**Na oryginalne właściwe podpisy.
Za zgodność**

Anna Chudzik
WICEPREZES
Krajowej Izby Odwoławczej
Anna Chudzik

121410
12016054 20