

Sygn. akt: KIO 1565/12

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Luiza Łamejko Honorata Łopianowska
Protokolant:	Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2012 roku przez wykonawcę **Regionalne Centrum Integracji Europejskiej we Włocławku, 87 – 800 Włocławek, ul. Toruńska 148** w postępowaniu prowadzonym przez **Brzeski Ośrodek Pomocy Społecznej w Brześciu Kujawskim, 87 - 880 Brześć Kujawski, ul. Hanki Sawickiej 5,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Doskonalenia Zawodowego sp. z o.o., 87 – 800 Włocławek, ul. Smolna 7** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Regionalne Centrum Integracji Europejskiej we Włocławku, 87 – 800 Włocławek, ul. Toruńska 148** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

Przewodniczący:

Członkowie

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Brzeski Ośrodek Pomocy Społecznej ul. Hanki Sawickiej 87-880 Brześć Kujawski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksowe usługi szkoleniowe w ramach projektu systemowego „Dobry Wybór Aktywność” dla 39 osób z terenu gminy Brześć Kujawski finansowane z Europejskiego Funduszu Społecznego” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 czerwca 2012 roku, pod pozycją 222600.

Dnia 23 lipca 2012 roku wykonawca: Regionalne Centrum Integracji Europejskiej we Włocławku, ul. Toruńska 148 (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niewłaściwe zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, której złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.
2. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, iż niezgodna z przepisami ustawy Pzp czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia, co skutkuje poniesieniem szkody w wyniku utraty korzyści wynikających z realizacji zamówienia. Tym samym zostały wypełnione przesłanki do wniesienia odwołania, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 23 lipca 2012 roku.

Zamawiający dnia 24 lipca 2012 roku przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom.

Dnia 25 lipca 2012 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: Zakład Doskonalenia Zawodowego sp. z o.o., ul. Smolna 7; 87-800 Włocławek.

Zamawiający dnia 1 sierpnia 2012 roku (pismem z dnia 30 lipca 2012 r.) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert wskazał, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę: Zakład Doskonalenia Zawodowego sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku oraz odrzucił ofertę nr 2 złożoną przez odwołującego oraz ofertę nr 3 złożoną przez Przedsiębiorstwo Technologiczne POLWIND sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem zamawiającego złożenie przez wykonawców: Regionalne Centrum Integracji Europejskiej we Włocławku i Przedsiębiorstwo Technologiczne POLWIND sp. z o.o., Kaniewo 41; 87-890 Lubraniec ofert w przedmiotowym postępowaniu stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego wykonawcy działali w porozumieniu, a konkurencja między nimi miała charakter pozorny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko zamawiającego jest zasadne, a czynność odrzucenia oferty odwołującego uznać należało za prawidłową.

Stwierdzić bowiem należy, że oferty ww. wykonawców, w części zawierającej opis oferowanych usług szkoleniowych są identyczne i jest to zbieżność 100 %. I tak:

- 1) Charakterystyka bazy lokalowej (strony 8-9 w ofercie nr 2) jest tożsama z Charakterystyką bazy lokalowej w ofercie nr 3 (strony 16-17),
- 2) Wykaz placówek do realizacji zajęć praktycznych (strona 10 w ofercie nr 2) jest tożsamy z Wykazem placówek w ofercie nr 3 (strona 18),
- 3) Wykaz potencjału kadrowego (strony 11-22 w ofercie nr 2) jest tożsamy z zawartym w ofercie nr 3 (strony 19-30), za wyjątkiem takim, że w ofercie nr 2 dopisana jest dodatkowo osoba Sylwii T. Dyrektora Generalnego Regionalnego Centrum Integracji Europejskiej,

- 4) Dokumenty potwierdzające uprawnienia i kwalifikacje oraz przebieg życiorysu zawodowego osób podanych w wykazie (strony 23-153 w ofercie nr 2) są tożsame z zawartymi w ofercie nr 3 (strony 31-161), z tym, że do oferty nr 2 dołożone są 3 strony dotyczące Pani Sylwii T.,
- 5) Obaj wykonawcy korzystają z usług tych samych podwykonawców, tj. Ośrodka Szkolenia Kierowców „OLIMP” strony 162-167 w ofercie nr 2 oraz strony 167-172 w ofercie nr 3, i Ośrodka Doradztwa i Szkolenia „bhp ekspert” Bartłomiej Daroszewski strony 168-173 w ofercie nr 2 oraz strony 173-178 w ofercie nr 3,
- 6) Opis ośrodka szkoleniowego przeznaczonego do realizacji zajęć z bloku motywacyjnego (strona 174 w ofercie nr 2) jest tożsamy z zawartym w ofercie nr 3 (strona 179),
- 7) Opis ośrodka szkoleniowego i placówek przeznaczonych do zajęć teoretycznych i praktycznych na poszczególnych kursach zawodowych (strony 175-177 w ofercie nr 2) jest tożsamy z zawartym w ofercie nr 3 (strony 180-182),
- 8) Opis urządzeń technicznych niezbędnych do realizacji zajęć praktycznych na poszczególnych kursach zawodowych (strony 178-182 w ofercie nr 2) jest tożsamy z zawartym w ofercie nr 3 (strony 183-187),
- 9) Szczegółowy harmonogram szkolenia (strony 183-235 w ofercie nr 2, błąd polegający na braku ponumerowania 1 strony) jest tożsamy z zawartym w ofercie nr 3 (strony 188-242),
- 10) Programy szkolenia na poszczególnych kursach zawodowych (strony 239-266 w ofercie nr 2) są tożsame z zawartymi w ofercie nr 3 (strony 246-273).

Ponadto obaj wykonawcy przy opisanej wyżej identyczności jakości oferowanych usług zaoferowali dokładnie taki sam zakres godzinowy oferowanych usług zarówno w bloku motywacyjnym, jak i na poszczególnych kursach zawodowych.

O ile można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że częściowa tożsamość ofert jest wynikiem naturalnie zachodzących procesów gospodarczych to negatywnie odnieść się należy do sytuacji, gdy tożsamość taka obejmuje 100 % merytorycznej części oferty. O ile można przyjąć, że w konkretnych okolicznościach może zdarzyć się, że dwaj niezależni wykonawcy złożą identyczne co do treści i formy dokumenty, a nawet zaoferują identyczny przedmiot świadczenia, to nie sposób stawiać powyższej tezy, gdy przedmiot tych dokumentów, ich zakres merytoryczny podnosi się do treści opracowywanej specjalnie na użytek danego postępowania, wymaga pracy koncepcyjnej ze strony jej autora, jest wynikiem własnego, autorskiego rozwiązania prezentowanego w imieniu wykonawcy. Szczególnie jaskrawo obrazuje powyższe treść programów szkolenia na poszczególnych kursach zawodowych. W tym zakresie przedmiot oferowanego świadczenia w postępowaniu nie ma bowiem charakteru ustandaryzowanego, dostępnego na rynku każdorazowo w takim samym kształcie, co mogłoby dotyczyć towarów produkowanych w sposób seryjny, powszechnie dostępnych od jego dystrybutora, ale przedmiot ten stanowią opracowywane

dla tego postępowania programy szkoleń. Niepodobieństwem jest, by dwaj wykonawcy opracowali takie programy identyczne w formie i treści. Dotyczy to przy tym nie jednego programu ale relatywnie dużej ich ilości. Powyższe wyklucza przypadkowe opracowanie tej części oferty w sposób identyczny przez obu wykonawców.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że ta część oferty podlegała ocenie jakościowej według przyjętych przez zamawiającego kryteriów (cena oraz jakość oferowanych usług). Powyższe potwierdza zatem, że ta część ofert miała charakter nie typowego produktu, powszechnie dostępnego na rynku, ale takiego który podlega opracowaniu dla danego postępowania – w sposób z jednej strony odpowiadający wymaganiom postawionym w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z drugiej zaś - pozwalającym na konkurowanie między wykonawcami w kategorii wskazanego kryterium jakościowego. Stąd nie sposób podzielić argumentacji odwołującego, że częściowa tożsamość ofert jest wynikiem naturalnie zachodzących procesów gospodarczych oraz konkurowania na rynku.

Ponadto podnieść należy, że oferty ww. dwóch wykonawców (RCIE i PT POLWIND sp. z o.o.) zawierały braki w zakresie wymaganych dokumentów i oświadczeń.

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń:

- Regionalne Centrum Integracji Europejskiej - pismem nr BOPS.271.1.7.2012 z dnia 11 lipca 2012 r. w terminie do dnia 13 lipca 2012 r. do godz. 12:00

oraz

- PT POLWIND sp. z o.o. - pismem nr BOPS.271.1.8.2012 z dnia 11 lipca 2012 r. w terminie do dnia 13 lipca 2012 r. do godz. 12:00.

W wyznaczonym terminie została uzupełniona jedynie oferta droższa, to jest złożona przez odwołującego.

Niezrozumiałym, z punktu widzenia celu jakim jest dla wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzyskanie tego zamówienia, jest fakt udostępnienia przez PT POLWIND sp. z o.o. referencji (spełnianie warunku doświadczenia) odwołującemu, przy jednoczesnym nie uzupełnieniu dokumentów do własnej oferty.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu ustanowił dwa kryteria oceny ofert:

- cena oferty brutto 50 %,
- jakość oferowanych usług 50 %.

Ceny ofert kształtują się następująco:

- odwołujący – 93 270,00 zł,
- PT POLWIND sp. z o.o. – 84 725,00 zł.

Skoro jakość oferowanych usług była w obu ofertach identyczna (co w rzeczywistości oznacza identyczną treść ofert w aspekcie zaoferowanego przedmiotu), logicznym jest, że w przypadku uzupełnienia oferty PT POLWIND sp. z o.o. uzyskałoby wyższą ocenę

punktową w przyjętych kryteriach oceny ofert. Tymczasem wykonawca ten nie tylko nie uzupełnił własnej oferty ale udostępnił swoje zasoby wykonawcy, z którym powinien rywalizować o uzyskanie zamówienia. W ocenie Izby, w omawianym przypadku mamy do czynienia z konkurencją pozorną, a w istocie naruszeniem reguł zdrowej konkurencji.

Zwrócić również należy uwagę na fakt ewidentnego powiązania osobowego pomiędzy obydwojema podmiotami. Zgodnie ze złożonymi w uzupełnieniu odpisami z KRS (w tym przypadku również spółka POLWIND udostępniła swój dokument odwołującemu) wynika, że Pan Hubert T. jest wspólnikiem oraz Prezesem Zarządu PT POLWIND sp. z o.o. oraz jednocześnie członkiem zarządu Regionalnego Centrum Integracji Europejskiej (odwołującego).

W ocenie Izby, identyfikacja opisów oferowanych usług wykracza poza granice przypadku, a taki sposób sporządzania ofert przez wykonawców, którzy z założenia powinni ze sobą konkurować, narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców oraz zamawiającego, co wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto zachowanie wykonawców po wezwaniu do uzupełnienia złożonych ofert narusza dobre obyczaje oraz interes zamawiającego, co wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji. Niedopuszczalne są, jako sprzeczne z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji wszelkie porozumienia między uczestnikami postępowania. Działania takie stanowią oczywiste manipulacje przebiegiem postępowania przetargowego. O ile fakt takiego porozumienia każdorazowo jest trudny do stwierdzenia, to w okolicznościach analizowanej sprawy, biorąc pod uwagę zakres podobieństwa ofert (w istocie ich identyfikacja w zakresie innym niż cena oraz dokumenty charakteryzujące podmioty, jak informacja z KRK, czy odpis z KRS) oraz niekwestionowane powiązanie osobowe między podmiotami, stwierdzenia wymaga, że niepodobieństwem jest by konkurujące między sobą podmioty opracowały identyczne oferty, różniące się jedynie ceną.

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. Przepis ten stanowi ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji i obejmuje wszelkie określone w nim działania przedsiębiorców, które mogą zagrażać lub naruszać interesy innych przedsiębiorców lub klientów. Ust. 2 art. 3 cyt. ustawy wskazuje na nazwane typu czynów nieuczciwej konkurencji, których przesłanki zostały wskazane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zatem Izba powinna ustalić, czy zarzucane działanie wypełnia znamiona któregośkolwiek z nazwanych typów czynu nieuczciwej konkurencji, tj. winna rozważyć, czy działanie wypełnia przesłanki określonego zachowania przedsiębiorcy i jego sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia szkodą i istnienia związku przyczynowo-

skutkowego pomiędzy powstałym stanem zagrożenia, a godnym ochrony interesem innego przedsiębiorcy czy klienta. W ocenie Izby jest zatem dopuszczalne dokonanie ustalenia, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez odrzucenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zarzutem naruszenia powołanego przepisu ustawy poprzez czynność odrzucenia oferty stanowiącej konkretny nazwany typ czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podnosił, że nie działał w porozumieniu z PT POLWIND sp. z o.o. w celu uzyskania zamówienia przez jednego z nich i wyeliminowania pozostałych wykonawców ubiegających się o zamówienie, w szczególności poprzez uzgodnienie zakresu przedmiotowego lub cenowego.

Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika, że takie działanie wystąpiło i zostało zrealizowane.

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy daje podstawy do stwierdzenia, że złożenie ofert przez odwołującego i PT POLWIND sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. W ocenie Izby w odniesieniu do odwołującego czyn ten polegał na stworzeniu sytuacji powodującej bezpośrednio wymuszenie na klientach – zamawiającym wyboru siebie jako kontrahenta, zaś PT POLWIND sp. z o.o. stworzyło warunki umożliwiające odwołującemu wymuszenie zakupu usługi właśnie od niego. Izba zwraca uwagę na to, że czyn utrudnienia dostępu do rynku nie musi wiązać się z uniemożliwieniem innym dostawcom w danym postępowaniu przetargowym uzyskania takiego zamówienia, ale z podjęciem takich czynności, które utrudnią innym konkurentom uzyskanie takiego zamówienia. Tym samym popełnienie czynu nie musi wiązać się z wyeliminowaniem pozostałych konkurentów z postępowania, ani nawet z celowym wyeliminowaniem jednego z dwóch porozumiewających się podmiotów w celu umożliwienia drugiemu podmiotowi uzyskania pozycji bezkonkurencyjnej wobec innych uczestników postępowania.

Reasumując Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający w zgodzie z obowiązującymi przepisami odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ZDZ sp. z o.o. zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tym samym zarzuty odwołującego Izba uznała za niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....