

Sygn. akt KIO 1225/12

Sygn. akt KIO 1229/12

WYROK

z dnia 26 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant:

Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 r. przez SYGNITY Spółkę Akcyjną w Warszawie oraz w dniu 11 czerwca 2012 r. przez BAZUS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Politechnikę Gdańską w Gdańsku

przy udziale wykonawców:

- Syntea Business Solutions Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie oraz UNIT 4 TETA Spółki Akcyjnej we Wrocławiu zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1225/12 po stronie zamawiającego;

- Syntea Business Solutions Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie, UNIT 4 TETA Spółki Akcyjnej we Wrocławiu, SYGNITY Spółki Akcyjnej w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1229/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża SYGNITY Spółkę Akcyjną w Warszawie i BAZUS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) w tym kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

SYGNITY Spółkę Akcyjną w Warszawie oraz kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BAZUS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1225/12

Sygn. akt KIO 1229/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Gdańska - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest 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.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2011r., pod numerem 2011/S 229-371751.

1 czerwca 2012 r. zamawiający przesłał informację o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez UNIT 4 TETA S.A. we Wrocławiu i odrzucił oferty złożone przez Bazus Sp. z o. o. w Lublinie oraz SIMPLE S.A. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Wobec wymienionych czynności odwołania wnieśli wykonawcy SYGNITY S.A. w Warszawie oraz Bazus Sp. z o. o. w Lublinie.

sygn. akt KIO 1225/12 – odwołanie wniesione przez SYGNITY S.A. w Warszawie:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzućenie oferty podlegającej odrzuceniu jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „specyfikacją”;

art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia decyzji z dnia 1 czerwca o wyborze jako najkorzystniejszej oferty UNIT 4 Teta S.A., dokonanie ponownego badania i oceny złożonej oferty z uwzględnieniem wniosków płynących z niniejszego odwołania, odrzucenie oferty UNIT 4 Teta S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że podana ilość licencji Microsoft dla bazy danych MS SQL i Licencji CAL jest niezgodna z wymaganiem zamawiającego podanego w tabeli III.2.1. Podstawowe wymagania dotyczące systemu oraz zawartym w odpowiedziach na pytanie wymaganiu jednakowej mocy licencji. Liczba licencji w zakresie produktów MICROSOFT zaoferowana przez UNIT 4 Teta S.A. nie odpowiada wymogowi specyfikacji, a przez to wycena kosztów licencji całej oferty jest zaniżona. Zarzucił, że UNIT 4 Teta S.A. w załączniku 1C str. 31 oferty pkt 1 Baza danych MS SQL Serwer wycenił zakup 40 licencji na użytkownika, co nie zapewnia dostępu wymaganych przez zamawiającego 300 licencji jednocześnie załogowanych lub 3000 nazwanych.

Do postępowania odwoławczego z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpili wykonawcy UNIT 4 TETA S.A. oraz Syntea Business Solutions Sp. z o.o. Przystępujący opowiedzieli się po stronie zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podnosząc argumentację zawartą w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący wywodził, jak wcześniej precyzując, że UNIT 4 TETA S.A. winien zaoferować łącznie 3.000 licencji CAL i TCAL, zatem zaniżył ich ilość o 2.960, a w konsekwencji cenę oferty o koszt licencji.

Sygn. akt KIO 1229/12 – odwołanie wniesione przez BAZUS Sp. z o.o.:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp przez nie wezwanie odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 przez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp.

Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy UNIT 4 TETA S.A., dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, iż podobieństwa oferty odwołującego do oferty Simple S.A., wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty być może zachodzą, jednakże nie

stanowi to o spełnieniu przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Stwierdził, iż przedstawiona przez zamawiającego argumentacja jest niewystarczająca do stwierdzenia istnienia zмовы pomiędzy wykonawcami, która mogłaby skutkować zaistnieniem obowiązku odrzucenia ofert obu wykonawców na podstawie przywołanych w informacji przepisów. Odwołujący wywiódł, iż zakwalifikowanie danego zachowania wykonawcy i uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga analizy i oceny konkretnego stanu faktycznego, której zamawiający tak naprawdę nie dokonał. Podkreślił, iż nie można z góry założyć, że wykonawcy, których łączy stosunek zależności, nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na powiązania kapitałowe, prowadzoną politykę handlową czy też działalność gospodarczą.

W ślad za stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonego m.in. w (wyrok SN z 02.02.2001 r., IV CKN 255/00, OSN 2001, Nr 9, poz. 137; OSP 2001, Nr 11, poz. 162 z aprobującą glosą M. Kępińskiego) wywiódł, że zachowania, noszące znamiona czynów konkurencyjnych, powinny być badane najpierw przez pryzmat przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a dopiero wówczas, gdy kwestionowane działania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonywania ich oceny w świetle przesłanek klauzuli generalnej, zawartych w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nieodzowne jest zatem wskazanie konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji, jaki przypisuje się odwołującemu, z podaniem okoliczności faktycznych, wypełniających znamiona tego czynu. Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób wyliczone przez niego podobieństwa pomiędzy obiema ofertami mogą, choćby potencjalnie, wypełnić znamiona czynu zabronionego przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił, że podjęcie arbitralnej decyzji o odrzuceniu oferty bez próby wyjaśnienia wątpliwości, powstałych ze względu na istnienie między wykonawcami współzależności, jest niedopuszczalne z punktu widzenia przepisów ustawy. Powołał również stanowisko Trybunału Sprawiedliwości wyrażone w orzeczeniu w sprawach połączonych C 21/03 i C 34/03 Fabricom przeciwko państwu belgijskiemu z dnia 3 marca 2005 r., wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2011 r., KIO 2766/10 oraz „Projekt założeń projektu ustawy zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych” argumentując, że wykonawcy między którymi istnieje stosunek dominacji lub którzy są ze sobą powiązani nie mogą być eliminowani z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez pozostawienia im możliwości wskazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania. W oparciu o powyższe wywiódł, że również w świetle obowiązujących przepisów prawa unijnego, tj. Dyrektywy 2004/18/WE

Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zamawiający zobligowany był do wezwania odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień w spornym zakresie i, w związku z tym, nie posiadał uprawnienia do przyjęcia założenia, że fakt złożenia oferty przez odwołującego stanowił na gruncie czyn nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpili wykonawcy UNIT 4 TETA S.A., SYGNITY S.A. oraz Syntea Busines Solutions Sp. z o.o. Przystępujący opowiedzieli się po stronie zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podnosząc argumentację zawartą w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący wywodził, jak wcześniej. Odnosząc się do podstaw wskazanych przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty zgodnie z treścią złożonego pisma.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

sygn. akt KIO 1225/12 – odwołanie wniesione przez SYGNITY S.A. w Warszawie:

Odwołujący, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, po uznanej za najkorzystniejszą ofercie przystępującego, spełnił materialno prawne przesłanki wniesienia odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp.

W pkt III.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, aby system oferowany przez wykonawcę umożliwiał pracę co najmniej 300 użytkowników jednocześnie zalogowanych lub 3.000 użytkowników nazwanych. Elementy systemu ze wskazaniem ilości i rodzaju licencji wykonawcy zobowiązani byli wskazać z uwzględnieniem wzoru zawartego w załączniku Ic do specyfikacji pn. Specyfikacja oprogramowania i parametrów sprzętu informatycznego.

Istotne dla rozpoznania zarzutu odwołania jest, że zamawiający dopuścił możliwość alternatywnego spełnienia wymagań, a wykonawcom została pozostawiona dowolność, co do tego czy zaoferują system umożliwiający jednoczesną pracę co najmniej 300 użytkowników, bądź system w którym pracować może 3.000 użytkowników nazwanych.

Przystępujący UNIT 4 TETA S.A. zaoferował pierwsze z opisanych rozwiązań. Wskazuje na to jednoznacznie treść załącznika Ic - specyfikacja oprogramowania i parametrów sprzętu informatycznego - złożona przez tego wykonawcę zawierająca oświadczenie, że założeniem przyjętym przy konstruowaniu oferty było umożliwienie pracy około 300 użytkowników jednocześnie. Z deklaracją tą spójne jest zaoferowanie w pozycji trzeciej tabeli zawartej w specyfikacji sprzętu i oprogramowania, załącznik Ic – licencje CAL i TCAL (dostęp terminalowy do serwerów aplikacyjnych) - 340 licencji CAL i TCAL.

Izba zważyła, że odwołujący kieruje zarzut odwołania wobec sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, której UNIT 4 TETA S.A. nie zaoferował zamawiającemu. Odwołujący podnosił bowiem, że wobec wymagania systemu, w którym pracować może jednocześnie 3.000 użytkowników nazwanych, zaoferowanie przez przystępującego 40 licencji na użytkownika MS SQL Server 2008R2 Standard jest niewystarczające – gdyż powinno zostać zaoferowanych łącznie 3.000 licencji. Ta liczba licencji została wskazana przez przystępującego w pozycji drugiej tabeli zawartej w specyfikacji sprzętu i oprogramowania, załącznik Ic – Baza danych MSSQL Server.

Izba podzieliła również pogląd zamawiającego, że zarzuty odwołania wynikają z pomieszanie przez odwołującego pojęć „System” i „Oprogramowanie systemowe”. Zamawiający zdefiniował je w § 1 Załącznika nr 5 do specyfikacji, gdzie ustalił, że „System” oznacza informatyczne rozwiązanie oparte o oprogramowanie wykonawcy wspomagające procesy gospodarcze występujące w działalności zamawiającego z wyłączeniem oprogramowania systemowego. Z kolei pod pojęciem „oprogramowania systemowego” należy rozumieć system operacyjny i wszelkie oprogramowanie narzędziowe niezbędne do zainstalowania i uruchomienia systemu. Pojęcia te odnoszone do wymagania ustalonego w pkt III.2.1. specyfikacji wskazują, że dla zamawiającego istotne były licencje na System, nie zaś, jak postrzega to odwołujący - błędnie odnosząc liczbę licencji do zaoferowanej bazy danych-licencje na oprogramowanie systemowe oraz ich liczba. W specyfikacji zamawiający nie wskazał bowiem wymaganej liczby licencji na oprogramowanie systemowe, pozostawiając to do swobodnego uznania wykonawcy podyktowanego wymaganiami oferowanego systemu oraz przewidywanego sposobu wdrożenia.

Treść oferty odwołującego jest zgodna z wymaganiem specyfikacji ustalonym w pkt III.2.1. specyfikacji. Odwołujący nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne. Poglądu odwołującego nie uzasadnia złożona na rozprawie kopia dokumentu „Licencjonowanie zbiorowe Microsoft. Prawa do używania produktów”. W ich treści Izba nie dopatrzyła się argumentów kwestionujących prawidłowość oferty odwołującego.

Izba uznała również, że powoływane przez odwołującego odpowiedzi na pytania wyjaśniające treść specyfikacji stanowiły podstawę do twierdzenia, że z uwagi na wymagana jednakowa moc licencji oraz wybrany przez przystępującego model licencjonowania, wycena oferty winna objąć 3.000 użytkowników nazwanych.

Odwołanie okazało się całkowicie bezzasadne. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ani tym bardziej art. 7 ust. 1 Pzp. *Nota bene* odwołujący nie wskazał, w jaki sposób miałyby nastąpić naruszenie przywołanego przepisu.

Sygn. akt KIO 1229/12 – odwołanie wniesione przez BAZUS Sp. z o.o.

Izba ustaliła, że zamawiający dokonywał oceny ofert z zastosowaniem trzech kryteriów wskazanych w rozdziale XII specyfikacji: cena – 30%, zakres funkcjonalny systemu i raportowanie – 50% oraz udział w integracji z eksploatowanymi aplikacjami – 20%. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną – 1.696.175 zł.

UNIT 4 TETA S.A. – 2.084.166zł;

SYGNITY S.A. – 2.282.167 zł;

SIMPLE S.A. – 2.2.84.937 zł;

Synteia Business Solutions Sp. z o. o. – 3.782.093, 05 zł;

Comarch S.A. – 7.991.029, 57 zł.

Odwołujący i SIMPLE S.A. złożyli ofertę oferującą rozwiązania SIMPLE S.A.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z 1 czerwca 2012 r. zamawiający oświadczył, że odrzuca oferty odwołującego oraz SIMPLE S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – dalej jako „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Tytułem uzasadnienia prawnego przywołał treść wymienionych przepisów. Wskazał również, że „czyn utrudnienia dostępu do rynku nie musi się wiązać 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 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.”

Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający podał, że w wyniku analizy dokumentów złożonych przez wykonawców doszedł do przekonania, że odwołujący współdziałał, a nie konkurował z SIMPLE S.A. podczas przygotowania ofert i w trakcie przystąpienia do postępowania przetargowego. Na istnienie tego porozumienia i stosowania praktyk ograniczających uczciwą konkurencję wskazują następujące okoliczności faktyczne:

1. Zarówno spółka Bazus jak i spółka Simple nie złożyły tych samych dokumentów, tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Ustawy Pzp (Dz.U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn. zm.);
2. Spółki Bazus i Simple przedstawiły identyczną metodologię wdrożenia systemu. Spółka Bazus w przedstawionej w swojej ofercie metodologii wdrożenia systemu wskazała, skład komitetu sterującego złożonego z Klienta oraz Simple, a także kierownika i konsultantów Simple. W punkcie 1.3.7. „Migracja Danych” metodologii wdrożenia systemu spółka Bazus podała, że migracją danych będzie zajmować się spółka Simple. Oznacza to, że realizującym wykonawcą w przypadku wyboru którejkolwiek z tych spółek będzie spółka Simple. Załączona metodologia wdrożenia systemu jest sformatowana w identyczny sposób, co może świadczyć o przygotowaniu i uzgodnieniu treści ofert wspólnie przez spółki Bazus i Simple;
3. Na etapie postępowania zostały przedstawione próbki w postaci prezentacji systemu. Spółka Simple, 17 kwietnia 2012 r., przesała faksem informację o tym, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawioną dnia 25.04.2012 r. prezentację systemu. Spółka Bazus dnia 26.04.2012 r., przesała faksem pismo o zastrzeżeniu próbki w postaci prezentacji systemu przedstawionej przez spółkę Bazus dnia 20 kwietnia 2012 r. Obie spółki w przesłanych pismach zawarły tą samą treść. Oznacza to, że spółki porozumiewają się i uzgadniają treść pism w sprawie zamówienia publicznego;
4. Na etapie oceny ofert do Wykonawców Bazus Sp. z o.o. oraz Simple S.A. zostały przesłane przez Zamawiającego, pisma wzywające do złożenia wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na przesłane przez , Zamawiającego pisma, obaj Wykonawcy przesłali w treści identyczne uzasadnienia dotyczące zastrzeżenia takich samych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyrażenie zgody na przeniesienie pozostałych dokumentów do części jawnej oferty;

5. Oferty obu spółek zostały złożone w siedzibie Zamawiającego dnia 01.03.2012 r. Przyniosła jedna i ta sama osoba, w takich samych kopertach i oznaczenia kopert przygotowane są w ten sam sposób;
6. Forma ofert może świadczyć o przygotowaniu i uzgodnieniu ofert wspólnie przez spółki (np. obie oferty są obłożone w identyczne okładki, kopie dokumentów zostały opieczątowane identyczną pieczęcią „za zgodność z oryginałem”);
7. Oferty mają identyczny wygląd i formę. W obu ofertach zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa te same rodzaje dokumentów złożonych w postępowaniu. W obu przypadkach część jawną stanowi wyłącznie druk oferty, natomiast pozostałe dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
8. W obu ofertach załącznik nr 1c został sformatowany w ten sam sposób (np. wyjustowanie tekstu w tabeli), co może świadczyć o drukowaniu załącznika na tej samej drukarce i tym samym może świadczyć o przygotowaniu i uzgodnieniu treści ofert wspólnie przez spółkę Bazus i spółkę Simple;
9. Tabela w załączniku o nazwie „formularz rzeczowo-cenowy”, w obu ofertach, została sformatowana w identyczny sposób, inny niż ten, który stanowi wzór wskazany przez Zamawiającego;
10. Kolor wkładu długopisu i próbki pisma (numeracja stron w obu ofertach) wskazują na to, że mogła to czynić ta sama osoba;
11. Spółka Simple zobowiązała się do udostępnienia spółce Bazus zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia;
12. Spółki Bazus i Simple dysponują identycznym zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia. Każda z osób wchodzących w skład zespołu jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę w spółce Simple, natomiast spółka Bazus dysponuje zespołem tych samych osób na podstawie zobowiązania podwykonawcy, co może świadczyć o tym, że spółka Bazus bez kadry spółki Simple mogłaby nie wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że spółka Bazus nie dysponuje w rzeczywistości osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nadto, że Spółki te współpracują a nie konkurują ze sobą;
13. Ponadto Zamawiający powziął informacje, że Spółka Simple na swojej stronie internetowej www.simple.com.pl w zakładce:
Kontakt: podaje dane kontaktowe do swojego Ośrodka Badawczo - Rozwojowego w Lublinie przy ul. Wolskiej 11 a /4 , 20-411, Partnerzy: podaje firmę Highcom, ul. Wolska 11 (pok. 213), 20-411 Lublin jako swojego partnera,

Aktualności: informuje o sukcesach firmy Bazus Sp. z o.o. dawniej Highcom s.c. podając, że np.: Akademia Sztuk Pięknych w Gdańsku w drodze przetargu jako najkorzystniejszą ofertę wybrała ofertę spółki Bazus, należącej do Grupy Kapitałowej SIMPLE, podając, że Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Pile w drodze przetargu wybrała system dziekanatowy BAZUS, będący częścią platformy SIMPLE.EDU. W przetargu tym wybrana została oferta Spółki Bazus dawniej Highcom s.c.;

14. Spółki Bazus i Simple na wykazanie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykazały się realizacją tych samych usług dla tych samych odbiorców. Wykazane usługi realizowane były przez spółkę Simple, co może świadczyć o tym, że spółka Bazus bez zobowiązania spółki Simple do oddania zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia mogłaby nie wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia;
15. Do obu ofert zostało załączone oświadczenie o nazwach produktów. Oświadczenie ma nadany ten sam numer załącznika i nie było wymagane przez Zamawiającego. Załączone oświadczenie jest identyczne w obu ofertach, w identyczny sposób sformatowane;
16. W obu ofertach w załączniku nr 1c jest podany taki sam koszt;
17. W obu ofertach została popełniona ta sama niedokładność polegająca na nieprzeniesieniu urny kosztów z załącznika 1c do formularza cenowego do pozycji 1.3 formularza cenowego;
18. Obie spółki popełniły ten sam błąd tj. zastrzegły jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty, które jej stanowić nie mogą (np. odpis z jawnego rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego);
19. Spółki są powiązane kapitałowo Spółka Simple jest większościowym udziałowcem w spółce Bazus. Z raportu nr 32/2011 firmy Simple S.A. dotyczącego umowy kupna udziałów Bazus Sp. z o.o. wynika, że 20.12.2011 r. między tymi firmami została zawarta umowa przedwstępna zbycia/kupna udziałów, której realizacja doprowadzi do nabycia przez Simple S.A. 100% udziałów w Spółce Bazus;
20. Spółka Simple będąca producentem oferowanego systemu (nazwa handlowa systemu SIMPLE.ERP) złożyła ofertę na kwotę 2 284 937,00 zł. Spółka Bazus zaoferowała ten sam system (nazwa handlowa systemu: SIMPLE.ERP) za cenę 1 696 175,00 zł, tj o 588 762,00 zł taniej;
21. Spółka Bazus samodzielnie nie wykazuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

22. Analogiczny schemat kalkulacji cen w formularzu cenowym (poniższa tabela). Ceny w poszczególnych pozycjach i w poszczególnych obszarach przedmiotu zamówienia są liczone według tego samego klucza i pozostają względem siebie w takim samym stosunku (np. ceny w pozycjach 1.1., 2.1, 3.1, 4.1, w każdym obszarze pozostają ze sobą w tym samym stosunku, tj. . cena brutto spółki Bazus stanowi 67% ceny brutto spółki Simple, ceny w pozycjach 1.2.4 -1.2.7, 2.2.4 - 2.2.7, 3.2.4 - 3.2.7, 4.2.4 - 4.2.7, w każdym obszarze pozostają ze sobą w takim samym stosunku, tj. cena brutto spółki Bazus stanowi 83% ceny brutto spółki Simple). Ponadto cena brutto w pozycji 1.3 formularza rzeczowo-cenowego jest identyczna w ofercie spółki Bazus i w ofercie spółki Simple. Biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego nie jest możliwe dokonanie tak precyzyjnych różnic wycen obu ofert, co może być dowodem na to, że ceny mogły zostać uzgodnione i określone wspólnie.

Izba stwierdziła również, że odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw powołanych dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Po skierowaniu odwołania na rozprawę Izba jest zobowiązana zważyć w pierwszym rzędzie, czy odwołujący spełnia przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp umożliwiające rozpoznanie odwołania co do istoty. Przywołany przepis stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ocena ta dokonywana jest nie *in abstracto*, ale w konkretnych okolicznościach sporu wskazanych w odwołaniu.

Na podstawie informacji o wynikach postępowania, Izba ustaliła, że zamawiający odrzucając oferty odwołującego i SIMPLE S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp wskazał łącznie 22 przyczyny, dla których uznaje, że złożenie ofert przez przywołanych wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Analiza odwołania doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołujący nie odniósł się w treści odwołania do wszystkich z nich – kwestionował jedynie odrzucenie oferty z racji istniejącego między nim a SIMPLE S.A. stosunku zależności, w tym kontekście formułował też zarzut zaniechania wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Nadto uznał powołane przez zamawiającego przyczyny za niewystarczające.

Izba zważyła, że niezależnie od stosunku zależności, inne powołane przez zamawiającego przyczyny - dla których uznał, że odwołujący i SIMPLE S.A. przez złożenie ofert dopuścili się

czynu nieuczciwej konkurencji - mogą uzasadniać wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji. Mogą też zaistnieć również między wykonawcami, którzy nie są ze sobą powiązani kapitałowo lub osobowo.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie musi wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Formułowanie zarzutów odwołania leży wyłącznie w sferze uprawnień podmiotowych wykonawcy, który sam decyduje jakie czynności lub zaniechania zamawiającego oraz z jakich przyczyn faktycznych i prawnych kwestionuje. Zarzuty odwołania nie mogą być domniemane przez Izbę. Mogą jedynie podlegać ewentualnemu uzupełnieniu na podstawie art. 187 ust. 3 Pzp jedynie w sytuacji, gdy niemożliwe jest nadanie odwołaniu prawidłowego biegu.

Zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych, zatem zaniechanie odwołującego wskazania wszystkich przyczyn odrzucenia oferty jako osnowy faktycznej zarzutu oraz brak odniesienia się w treści odwołania powoduje, iż zarzut wobec nich nie został podniesiony w ogóle i Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp nie może się odnieść do tej podstawy eliminacji odwołującego z postępowania. Należy bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje jedynie zarzuty podniesione w odwołaniu. Próba wzruszenia czynności zamawiającego, odniesienie się do powołanych podstaw odrzucenia oferty na etapie rozprawy jest działaniem spóźnionym, wskazane na etapie rozprawy okoliczności faktyczne nie ujęte w odwołaniu kreują bowiem nowy zarzut.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza, że stan niezakwestionowany przez odwołującego uznaje się za zgodny z rzeczywistością.

Niezakwestionowany przez odwołującego stan rzeczy wywiera skutki prawne. Nawet ewentualne potwierdzenie zarzutów odwołania nie da odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia, gdyż złożona przez niego oferta i tak podlega odrzuceniu z przyczyn wskazanych przez zamawiającego w informacji, które nie zostały wzruszone przez postawienie stosownego zarzutu.

Prezentowana ocena nawiązuje do poglądu kształtującego się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym nieobjęcie zarzutami odwołania wszystkich podstaw odrzucenia oferty powoduje brak wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp (m.in. wyroki z 6 maja 2011 r., KIO 847/11, z dnia 28 lipca 2011 r., KIO 1529/11, z 30 marca 2012r., KIO 482/12).

W przywoływanym orzeczeniu z 30 marca 2012r., KIO 482/12 Krajowa Izba Odwoławcza analizując konsekwencje braku zakwestionowania w odwołaniu wszystkich podstaw

odrzućenia oferty wskazała nie tylko na brak istnienia przesłanek art. 179 ust. 1 Pzp, ale również na bezwzględną przesłankę uwzględnienia odwołania wskazanej w art. 192 ust. 2 Pzp. Skoro nawet potwierdzenie naruszenia przepisów ustawy w zakresie wskazanym przez odwołującego nie może doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, to naruszenia takie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania.

Zatem już choćby z tego względu odwołanie podlega oddaleniu.

Art. 179 ust. 1 Pzp zawiera samoistne materialnoprawne przesłanki warunkujące skuteczność środka ochrony prawnej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie i doktrynie brak ich ziszczenia oznacza oddalenie odwołania bez konieczności merytorycznego odniesienia się do podniesionych zarzutów.

Izba postanowiła jednak odnieść się pokrótce do stanowiska odwołującego.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający wskazał konkretny czyn nieuczciwej konkurencji w postaci deliktu nazwanego - art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz odwołał się do klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podał również okoliczności faktyczne wypełniające jego zdaniem znamiona tego czynów.

Ciężar dowodu okoliczności leżących u podstaw odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby zamawiający sprostął obowiązkowi dowodowemu.

Izba uznała, że na etapie oceny ofert wystarczające jest samo powołanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających popełnienie wskazanego czynu nieuczciwej konkurencji. Brak przyporządkowania powołanych okoliczności do poszczególnych przesłanek ustawowych nie może przesądzać o wadliwości czynności odrzucenia oferty. Natomiast rozpoznając odwołanie Izba jest zobowiązana dokonać subsumcji wskazanych okoliczności do danej normy prawnej w celu ustalenia, że znamiona czynu zabronionego przepisami prawa zostały wypełnione.

Izba uwzględniła, że okoliczności powołane przez zamawiającego jako uzasadnienie odrzucenia ofert są bezsporne między stronami. Uznała też, że oferty, dokumenty i oświadczenia złożone wraz z ofertami oraz wyjaśnienia składane w toku postępowania stanowią pośrednie dowody na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Dowody te Izba uznała za wystarczające, podzielając pogląd wyrażony m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006r. (III SK 6/06), że przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe.

Zamawiający prawidłowo dokonał analizy stanu faktycznego podobieństwa treści ofert złożonych dokumentów, istniejących zależności między wykonawcami oraz ich zachowań w

toku postępowania. Wysnuł też z nich logicznie poprawny oraz zgodny z zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego wniosek. Argumentacja przedstawiona przez zamawiającego jest wystarczająca dla uznania, że istnieje obowiązek odrzucenia ofert obu wykonawców na podstawie przywołanych w informacji przepisów.

Każda z przyczyn odrzucenia oferty przez zamawiającego oceniana odrębnie może stanowić działanie przypadkowe, samodzielne i niezależne czynności wykonawcy związane 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.

Izba uznała uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego za wystarczające, powołane w nim okoliczności faktyczne wskazują na zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji .

Odwołujący wywodził w uzasadnieniu odwołania i na rozprawie, że zamawiający odrzucając ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp winien najpierw zbadać, czy działanie wykonawcy wyczerpuje przesłanki któregoś z deliktów nazwanych wskazanych w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dopiero w razie ustalenia, że działanie to nie odpowiada żadnemu z przywołanych przepisów, może odwołać się do klauzuli generalnej wskazanej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba podziela ten pogląd, wskazuje jednak, że nawet brak ziszczenia się przesłanek któregoś z deliktów nazwanych nie prowadzi do uznania, że czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp narusza prawo.

Katalog deliktów opisanych w rozdziale II ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że – w okolicznościach sporu - nie wystąpiły przesłanki zawarte w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji prowadzi jedynie do zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012r., KIO 2819/11). Skoro zamawiający uznał na podstawie dwóch przepisów, że czyn nieuczciwej konkurencji miał miejsce, to wystarczające dla odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp jest ziszczenie przesłanek odnoszących się do wskazanego deliktu nazwanego albo do uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji. Brak jest podstaw do twierdzenia, że dla prawidłowości czynności zamawiającego muszą zaistnieć obie podstawy prawne, skoro zaistnienie jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji i obowiązek odrzucenia oferty.

Niedopuszczalna na gruncie ustawy byłaby bowiem sytuacja, w której stwierdzenie ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji byłoby niewystarczające dla odrzucenia oferty.

Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba uznała, że działania odwołującego i SIMPLE pozostają w sprzeczności z dobrymi obyczajami, co narusza interes zamawiającego - klienta w rozumieniu przywołanego przepisu.

Oczywiście sprzecznym z dobrymi obyczajami jest działanie w ścisłym porozumieniu wykonawców, którzy winni konkurować w postępowaniu, a które prowadzi prowadzącym do możliwości wyboru oferty mniej korzystnej. Okoliczności powołane przez zamawiającego wskazują niezbicie, że odwołujący i SIMPLE nie konkurowali ze sobą w postępowaniu, co Izba potwierdziła we wcześniejszej części uzasadnienia.

Izba nie miała też wątpliwości, że działanie odwołującego i SIMPLE S.A. naruszają godny ochrony interes zamawiającego.

Istotą postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w warunkach uczciwej konkurencji między wykonawcami (art. 2 pkt 7a, art. 7 ust. 1 Pzp). Uchybienia w zakresie dokumentów podmiotowych złożonych przez odwołującego - braku aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 Pkt 9 Pzp oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, podlegają obligatoryjnemu uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust 3 Pzp. Nieuzupełnienie dokumentów niesie skutek wykluczenia z postępowania. Obie te czynności – wezwanie i wykluczenie z postępowania stanowią działania obligatoryjne zamawiającego. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że w razie wykluczenia odwołującego oferta najkorzystniejszą byłaby oferta SIMPLE.

Fakt zaferowanie przez odwołującego produktu SIMPLE S.A. za cenę znacznie wyższą niż cena producenta – wobec znaczącej różnicy ofert mógłby się stać przedmiotem badania oferty odwołującego w kontekście zaferowania ceny rażąco niskiej. Odwołujący zostałby wezwany do wyjaśnień, a skutkiem wynikającym z przepisu w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub złożenia niewystarczających wyjaśnień jest odrzucenie oferty.

Niezależnie od powyższego Izba uznała, że zachowanie odwołującego i SIMPLE wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 5 Pzp. Niewątpliwie stworzeniem warunków wymuszających na klientach dokonanie wyboru określonego przedsiębiorcy oraz ograniczeniem dostępu do rynku jest składanie ofert przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo, organizacyjnie, udostępniające sobie potencjał osobowy oraz zasoby w postaci doświadczenia i oferujące ten sam produkt, w sytuacji, gdy wykluczenie jednego z nich lub odrzucenie złożonej przez niego oferty prowadzi nie do wyboru oferty niezależnego konkurującego wykonawcy, lecz do wyboru oferty wykonawcy powiązanego. Działanie takie jest sprzeczne z ustawą, gdy całokształt okoliczności faktycznych wskazuje, że przygotowując oferty wykonawcy ci współdziałali, a konkurowali ze sobą.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Nie można czynić zarzutu z naruszenia przepisu statuującego uprawnienie zamawiającego w sytuacji, gdy całokształt okoliczności faktycznych i prawnych prowadzi do jednoznacznej oceny.

W konsekwencji zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej ofert zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba nie uwzględniła kosztów pełnomocnika zamawiającego – pełnomocnik przed zamknięciem rozprawy złożył wyłącznie spis kosztów obejmujący wynagrodzenie i koszty dojazdu na posiedzenie, tymczasem zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) do zaliczenia kosztów poniesionych przez zamawiającego w poczet kosztów postępowania odwoławczego niezbędne jest złożenie rachunku. Dokument złożony przez pełnomocnika zamawiającego zatytułowany „Spis kosztów” wskazuje kwotę należności i wierzycieli, nie wskazuje natomiast podmiotu zobowiązanego do zapłaty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

.....