

WYROK

z dnia 20 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Dagmara Gałczewska - Romek**

Członkowie: **Aneta Mlącka**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31 - 864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00 - 926 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Bull Polska sp. z o.o., ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje odrzucenie oferty Bull Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.
2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00 - 926 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31 - 864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00 - 926 Warszawa** na rzecz **Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31 - 864 Kraków** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Rozwoju Regionalnego prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług budowy, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE.

W dniu 6 czerwca 2013 roku odwołujący - Comarch S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania czynności odrzucenia oferty Bull Polska Sp. z o.o., do której dokonania zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.
2. niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Bull Polska Sp. z o.o., która winna zostać odrzucona.
3. niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty Bull Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta winna zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty Bulli, w sytuacji gdy jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co powinno skutkować odrzuceniem oferty;
2. art. 91 ust. 1 ustawy - przez:
 - a. dokonanie oceny ofert z udziałem oferty Bull,
 - b. dokonanie wyboru oferty Bull, jako najkorzystniejszej,- w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona;
3. art. 7 ust. 1 ustawy - przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Bull;
3. dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert podlegających odrzuceniu, tj. z pominięciem oferty AMG.net S.A. oraz Bull.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób sprzeczny z powołanymi w odwołaniu przepisami ustawy. Zaniechał odrzucenia oferty Bull, pomimo, że wykonawca ten zawarł z AMG porozumienie, mające na celu ustalenie warunków składanych ofert. Wątpliwości zamawiającego winien wzbudzić fakt, iż Bull oraz AMG są spółkami powiązanymi kapitałowo, co wynika z informacji zawartych w odpisach KRS obu spółek, iż jedynym akcjonariuszem AMG oraz współnikiem w Bull jest ten sam podmiot - Bull International SAS. Te same osoby piastują funkcję w organach obu spółek: M..... J..... jest prezesem zarządu AMG oraz jednocześnie członkiem zarządu Bull, a L..... S.....-J..... pełni jednocześnie funkcje członka rady nadzorczej AMG oraz członka zarządu Bull. W dalszej kolejności Zamawiający powinien również zwrócić uwagę na liczne podobieństwa w ofertach obu firm, w następujących punktach:

- obie oferty mają zbliżony układ treści na stronie tytułowej oraz str. 2, a przy ich sporządzaniu użyto jednakowej czcionki,
- w spisie treści obu ofert (str. 2) znajduje się ten sam błąd tj. napisano „Kopia dowód wniesienia wadium” zamiast „Kopia dowodu wniesienia wadium”,
- w prawym górnym rogu formularza cenowego w taki sam sposób wpisano miejsce i datę sporządzenia oferty „Warszawa dnia 8-05-2013r.” (po wyrazie Warszawa nie ma przecinka, pomiędzy cyframi są kreski a nie kropki, a między liczbą 2013 i skrótem „r.” brak jest odstępu),
- do obu ofert załączono pełnomocnictwa udzielone przez tą samą osobę – M..... J....., uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji zarówno AMG, jak i Bull

Z okoliczności tych, zdaniem odwołującego wynika, że oferty AMG i Bull przygotowywały wspólnie i w porozumieniu te same osoby, które miały wiedzę o istotnej treści obu ofert przed ich złożeniem.

Istotnym argumentem, który wskazuje na istnienie pomiędzy AMG i Bull porozumienia mającego ograniczyć pozostałym wykonawcom dostęp do rynku jest również to, iż AMG nie udzieliło Zamawiającemu jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Złożenie ofert przez dwie powiązane spółki - AMG i Bull, a następnie uchylenie się przez AMG od złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, było celowym działaniem zmierzającym do odrzucenia oferty AMG, tak aby Zamawiający dokonał oferty wykonawcy Bull, proponującego wyższą cenę w niniejszym postępowaniu. Argumentem przemawiającym za tym, iż zaniechanie złożenia wyjaśnień przez AMG było realizacją z góry powziętego zamiaru jest również okoliczność, iż analogiczne wyjaśnienia w zakresie ceny, złożone przez wykonawcę Bull, zostały podpisane przez M..... J..... - prezesa zarządu AMG. W tej sytuacji trudno jest bowiem logicznie wyjaśnić czemu prezes AMG zadbał o złożenie wyjaśnień przez Bull, a nie zadbał o złożenie wyjaśnień przez wykonawcę AMG.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż niezłożenie wyjaśnień w zakresie ceny - inaczej niż w przypadku np. nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu - nie powoduje utraty wadium, co działający w porozumieniu wykonawcy wykorzystali.

W ocenie Odwołującego powyższe działania Bull oraz AMG wyczerpują znamiona z umowy przetargowej (tj. umowy w ujęciu horyzontalnym). Należy zaznaczyć, że wykazanie istnienia umowy przetargowej jest wyjątkowo trudne pod względem dowodowym, jednakże Odwołujący pragnie podkreślić, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, istnienie umowy powinno być oceniane przede wszystkim po rezultatach i skutkach działań oraz wszystkich okoliczności sprawy (Wyrok KIO z dnia 14.09.2010 r. sygn. akt KIO 1874/10, Wyrok KIO z dnia 02.07.2012 r. sygn. akt KIO 1287/12). Wskazał, że zakaz zawierania porozumień, których celem jest ograniczanie konkurencji dotyczy zarówno uzgodnień potwierdzonych pisemnie, jak i nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie. Mając ten fakt na uwadze wskazać należy, iż Zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko porozumienia, ale również wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej realizacji. Odwołujący podkreślił, iż dla stwierdzenia umowy przetargowej nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć (Wyrok KIO z dnia 14.09.2010 r. sygn. akt KIO 1874/10).

Biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego należy przyjąć, iż z faktów wymienionych w niniejszym odwołaniu wprost wynika, iż wykonawcy Bull i AMG nie złożyli ofert, aby ze sobą konkurować. Jedynym celem uczestnictwa w postępowaniu obu ściśle powiązanych ze sobą firm było uzyskanie zamówienia za droższą cenę, przy wykorzystaniu mechanizmu ustawy – służącego do weryfikacji czy oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne oferty złożyło sześciu wykonawców:

1. AMG.net S.A., z ceną 11 399 046,68 zł brutto;
2. Bull Polska sp. z o.o., z ceną 13 844 725,44 zł brutto;
3. Comarch S.A., z ceną 16 846 687,46 zł brutto;
4. Konsorcjum: 4System Polska sp. z o.o., Online-skills sp. z o.o., z ceną 17 701 603,32 zł brutto;
5. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., z ceną 19 943 982,60 zł brutto;
6. Sygnity S.A., z ceną 21 929 601,12 zł brutto;

Kwota, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 22 261 000 zł brutto.

W toku badania i oceny ofert, zamawiający pismem z dnia 13 maja 2013 roku wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawców: AMG net.S.A., Bull Polska Sp. z o.o. oraz Comarch S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy: Bull Polska Sp. z o.o. oraz Comarch S.A. złożyli stosowne wyjaśnienia, natomiast wykonawca AMG net S.A. uchylił się od udzielenia wyjaśnień.

W dniu 27 maja 2013 roku, zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o odrzuceniu oferty AMG net S.A. na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na niezłożenie wyjaśnień dotyczących ceny oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Bull Polska Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby, wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Na wstępie wskazać należy, że postępowanie o zamówienie publiczne zostało wszczęte w dniu 16 października 2012 roku, a zatem przed dniem wejścia w życie znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, w tym art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp dotyczącego wykluczania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, o ile nie wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes, innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje się każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Zakaz zmów przetargowych wprowadza art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazując pomiędzy wykonawcami ustaleń których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny.

Opierając się na stanowisku Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 9 sierpnia 2006r. (sygn. akt III SK 6/06), w którym stwierdzono, że: „przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe”, Izba uznała za wiarygodne i wystarczające dla stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia między wykonawcami dowody i twierdzenia przedstawione przez odwołującego. Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażany był pogląd, że istnienie zмовы przetargowej powinno być oceniane po rezultatach i skutkach działań oraz mając na uwadze wszystkie okoliczności sprawy.

Niewątpliwie pomiędzy spółkami Bull Polska Sp. z o.o. oraz AMG net S.A. istnieją powiązania kapitałowe i osobowe. Z informacji zawartych w odpisach Krajowego Rejestru Sądowego (dział 1, rubryka 7), złożonych wraz z ofertami tych wykonawców, wynika, że jedynym akcjonariuszem AMG net S.A. oraz współnikiem w Bull Polska Sp. o.o. jest Bull International SAS. Ponadto pan M..... J..... jest prezesem zarządu AMG net S.A. i jednocześnie członkiem zarządu Bull Polska Sp. z o.o., a pan L..... S..... - J..... pełni funkcję członka rady nadzorczej AMG net S.A. oraz członka zarządu Bull Polska Sp. z o.o.

W obu ofertach znajdują się pełnomocnictwa z tego samego dnia 8 maja 2013 roku, udzielone przez pana M..... J..... - Prezesa Zarządu AMG net S.A. i jednocześnie członka zarządu Bull Polska Sp. z o.o. dla pana J..... F..... (w przypadku AMG net S.A.) oraz dla pana H..... M..... - dyrektora ds. Rozwoju Biznesu Bull Polska Sp. z o.o. Oba pełnomocnictwa mają identyczną treść i umocowują osoby tam wskazane do „samodzielnego działania w imieniu i na rzecz Spółki we wszelkich sprawach związanych z udziałem Spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego organizowanego przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego (...) na: Świadczenie usług budowy, rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE (...)”.

Odwołujący w toku rozprawy wykazał, że pan M..... J..... jest osobą, która, mimo udzielonych pełnomocnictw aktywnie uczestniczy w postępowaniach przetargowych, ma wpływ na kształtowanie ofert składanych zarówno przez AMG net S.A. oraz Bull Polska Sp. z o.o. czy też obie spółki działające w ramach konsorcjum. Znamiennym jest również fakt, że pan M..... J....., mimo udzielonego pełnomocnictwa panu H..... M..... do działania w imieniu i na rzecz Bull Polska Sp. z o.o., samodzielnie udzielił w dniu 15 maja 2013 roku wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w odniesieniu do oferty Bull Polska Sp. z o.o. Wyjaśnień takich, z niezrozumiałych względów nie udzielono w odniesieniu do oferty AMG net S.A. Okoliczność ta, zdaniem Izby, świadczy o tym, że pan M..... J....., mimo udzielonych pełnomocnictw i przekazania kompetencji do kształtowania rzeczywistej polityki biznesowej właściwym dyrektorom zarządzającym (zgodnie z oświadczeniem z dnia

19.06.2013 roku, złożonym przez przystępującego), bierze czynny udział w postępowaniach przetargowych, w których składają oferty spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej Bull tj.: AMG net S.A. czy Bull Polska sp. z o.o.

Tożsamość osoby decyzyjnej w obu spółkach przemawia za tym, że udzielenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, tylko w odniesieniu do oferty Bull Polska Sp. z o.o. droższej o ponad 2 mln złotych od oferty AMG net S.A. - w odniesieniu do której zaniechano udzielenia wyjaśnień - było działaniem świadomym, mającym na celu uzyskanie zamówienia publicznego przez spółkę wchodzącą w skład tej samej grupy kapitałowej za cenę wyższą.

Dodatkowo o istnieniu niedozwolonego porozumienia przetargowego między spółkami, świadczą wykazywane przez odwołującego w toku rozprawy podobieństwa obu ofert. Odwołujący wykazał, że oferty AMG net S.A. oraz Bull Polska sp. z o.o. były przygotowane przez tą samą osobę i z użyciem tych samych narzędzi. Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego złożoną przez odwołującego opinię eksperta z zakresu badania pisma ręcznego, maszynowego, podpisów, odcisków pieczętek i dokumentów z dnia 18 czerwca 2013 roku, sporządzoną przez mgr B..... P..... - biegłego z zakresu badania dokumentów przy Sądzie Okręgowym Warszawa - Praga. W ocenie Izby dowód ten stanowi potwierdzenie tego, że ręcznego wpisania numerów na stronach „Spis treści” w obu ofertach dokonała ta sama osoba oraz że do przygotowania oferty posłużono się tymi samymi narzędziami tj. numeratorem stron i pieczęcią „za zgodność z oryginałem”.

Bezsporne są także inne wskazywane przez odwołującego podobieństwa obu ofert:

1. identyczny błąd pisarski w obu ofertach: „kopia dowód wniesienia wadium”,
2. identyczność sposobu zapisu daty w prawym górnym rogu formularza „Warszawa dnia 8-05-2013”.
3. identyczny zakres podwykonawstwa, określony w pkt 8 Formularzy ofertowych, przekraczający 95% ceny każdej z ofert.

Podkreślić należy, że obie spółki zdecydowały się powierzyć realizację tych samych części zamówienia podwykonawcom, jednocześnie z uwagi na zakres powierzonych prac ich wartość ma największy wpływ na całkowitą cenę oferty.

Wskazać należy, że istotnie ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu oraz podejmowanie przez nich działań w toku procedury o zamówienie publiczne, które prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji, wpływa negatywnie na uczciwą konkurencję albo stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami.

W rozpatrywanym stanie faktycznym mamy do czynienia ze splotem wielu okoliczności, które rozpatrywane łącznie dowodzą istnienia porozumienia między wykonawcami Bull Polska Sp. z o.o. oraz AMG net S.A., mającemu na celu zachwianie równowagi między konkurentami i uzyskanie zamówienia za wyższą cenę. Okoliczności sprawy wskazują na to, że powiązane ze sobą kapitałowo i osobowo spółki, świadomie wykorzystały mechanizm przewidziany w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający uchylenie się od udzielenia wyjaśnień elementów, mających wpływ na wysokość ceny i działaniem tym doprowadziły do wyboru oferty, należącej do tej samej grupy kapitałowej za cenę o ponad 2 mln wyższą. Działanie takie należy ocenić jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, mające na celu uzyskanie korzyści w sferze gospodarczej. Spółki, działające w porozumieniu poprzez swoje celowe działania i zaniechania, podjęte w toku postępowania wpłynęły na podjęcie przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty droższej o ponad 2mln zł. Ponadto działaniem swym spółki doprowadziły do ograniczenia konkurencji pomiędzy sobą, która winna być niewątpliwie podstawowym celem działania wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamiar i cel porozumienia zawartego pomiędzy spółkami wynika z całokształtu okoliczności związanych ze złożeniem ofert a także działaniami podjętymi w toku procedury o zamówienie publiczne. Odwołujący dowiódł, że w rozpatrywanych okolicznościach sprawy doszło do sytuacji, w której powiązania kapitałowe i osobowe wywarły wpływ na podejmowane przez wykonawców działania i zaniechania w toku procedury o zamówienie publiczne oraz na przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła argumentacji przedstawionej przez przystępującego, że skoro spółki, co prawda powiązane kapitałowo i osobowo, złożyły ważne oferty w postępowaniu, to nie można twierdzić, że ich zamiarem w momencie składania ofert było ograniczenie konkurencji. W ocenie Izby całokształt okoliczności i faktów zaistniałych w sprawie, w tym związanych bezpośrednio z przygotowaniem ofert jak również późniejszymi czynnościami i zaniechaniami podejmowanymi przez spółki, w tym uchyleniem się od udzielenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę AMG net S.A., świadczą o tym, że w postępowaniu doszło do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy spółkami, a działanie takie należy ocenić jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....