



Warszawa, dnia 16.02.2014 r.

**URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**  
Departament Kontroli Doraźnej

UZP/DKD/KND/1/14

**Informacja o wyniku kontroli doraźnej**

**Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli**

**Zamawiający:** Uniwersytet Łódzki  
ul. Narutowicza 65  
90 – 131 Łódź

**Rodzaj zamówienia:** usługa

**Przedmiot zamówienia** usługa wdrożenia i utrzymania Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP dla Uniwersytetu Łódzkiego

**Tryb postępowania:** przetarg nieograniczony

**Wartość zamówienia:** 3 612 540,00 zł (941 010,58 euro)

**Data wszczęcia postępowania:** 19.11.2011 r.

**Wszczęcie kontroli:** na wniosek

**Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:**

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej, na podstawie art. 154 pkt 11 oraz art. 161 ust. 1 w związku z art. 165 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.), stwierdzono następujące nieprawidłowości:

1. Przedmiotem kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego była usługa wdrożenia i utrzymania Zintegrowanego Systemu Informatycznego klasy ERP dla Uniwersytetu Łódzkiego.

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 S.A. z ceną 3 269 182,00 zł.
3. BAZUS Sp. z o.o. z ceną 2 460 000,00 zł.

W wyniku analizy ofert wykonawców SIMPLE S.A. 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 S.A.
2. firma SIMPLE S.A. 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 S.A. oraz BAZUS Sp. z o.o. za prace przygotowawcze, o których mowa w punkcie IV SiWZ (pkt II 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 zamkniętych miesięcy - 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 I.1. jednej licencji za serwer za kwotę 119 925,00 zł brutto, które, 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 S.A. 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 S.A. 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 [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pan [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] Pani [REDAKTOWANO] Pana [REDAKTOWANO] oraz Pana [REDAKTOWANO] tj. osób wskazanych w wykazach stanowiących załączniki nr 6, 7, 8 i 9 do SIWZ, jako podstawie 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 o.o. oraz oświadczenie o powadaniu 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 S.A. 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 S.A. nr 32/2011 dotyczącego umowy kupna udziałów BAZUS Sp. z o.o. wynika, iż w dniu 29 grudnia 2011 r. SIMPLE S.A. 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 trzecią 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 S.A. 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, a 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 działania 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 barier 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 usług (strona 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 korzyści 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 uchylanie się przez spółkę BAZUS Sp. z o.o. 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. z o.o. 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 o.o. 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 o 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 m.in. oświadczenie, że konsultanci posługują się biegle językiem polskim tzn. 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 może 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 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. 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 wszczęcia przedmiotowego postępowania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie *rozdajów 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

Jednocześnie uprzejmie informuję, iż od wyniku kontroli doraźnej, zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli (art. 167 ust. 1 ustawy Pzo)

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*