

Sygn. akt: KIO 1462/13

POSTANOWIENIE

z dnia 8 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 8 lipca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez **wykonawcę Sygnity Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministra Sprawiedliwości Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11**

przy udziale **wykonawcy ESAPROJEKT spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Długa 1 – 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1462/13 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Enigmę Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 i Comp Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116** w sprawie sygn. akt KIO 1462/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze

2 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Sygnity Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180 kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie systemu informatycznego „Elektroniczne Księgi Wieczyste”, zwanego dalej Systemem, wraz z modernizacją systemu Nowa Księga Wieczysta oraz prowadzenie nadzoru nad eksploatacją, świadczenie serwisu i wsparcia technicznego dla Systemu i wykonanie modyfikacji Systemu zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Ministra Sprawiedliwości Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2012/S 249-412566 w dniu 28 grudnia 2012r.

Zamawiający w dniu 7 czerwca 2013r. poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy AMG.net Spółki Akcyjnej z siedzibą w Łodzi, ul. Łąkowa 29 za cenę 10 280 881,20zł. brutto, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Sygnity Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180 z ceną 14 784 000zł. brutto. Ponadto poinformował o odrzuceniu ofert wykonawcy ESAPROJEKT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, ul. Długa 1-3 na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. –dalej ustawy) w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w rozdziale VI pkt. 2.1.1 ppkt. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Enigmę Systemy Ochrony Informacji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 i Comp Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w rozdziale VI pkt. 2.1.1 ppkt. a i b siwz oraz warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym określonego w rozdziale VI pkt 2.1.2 siwz., nadto na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na niezłożenie wystarczających wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość łącznej ceny brutto oferty.

W dniu 17 czerwca 2013r. pisemnie odwołanie wniósł wykonawca Sygnity SA. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 stycznia 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS w dacie

udzielania pełnomocnictwa i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio w dniu 17 czerwca 2013r.

Odwołujący Sygnity zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez nieodrzczenie oferty ESAPROJEKT Sp. z o.o., pomimo iż jest niezgodna z treścią siwz,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy oraz w związku z art. 3 ust. 1 i niezależnie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy ESAPROJEKT Sp. z o.o., podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy oraz w związku z art. 3 ust. 1 i niezależnie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Comp S.A. (Członek Konsorcjum), podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący Sygnity wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 7 czerwca 2013 roku o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- nakazania zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert,
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ESAPROJEKT Sp. z o.o., również jako oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z powodu przesłanek wskazanych w niniejszym odwołaniu,
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Comp S.A. (Członek Konsorcjum), również jako oferty której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z powodu przesłanek wskazanych w niniejszym odwołaniu,

Odwołujący Sygnity wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał (lub może doznać) uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają (lub mogą uniemożliwić) odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów, w sposób istotny ma wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Odwołujący dokonał analizy ofert złożonych w postępowaniu wraz z ujawnionymi dokumentami i wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawców, w szczególności zaś wykonawców AMG.net S.A., ESAPROJEKT Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Comp S.A. (Członek Konsorcjum) i zauważył, że niezależnie od dokonanej przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy ESAPROJEKT Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Comp S.A. (Członek Konsorcjum) oferty tych wykonawców podlegają odrzuceniu zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 3, zaś wykonawca ESAProjekt także z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ESAProjekt mimo jej niezgodności z treścią siwz odwołujący wskazał, że z szeregu zapisów siwz, opisujących parametry obecnie eksploatowanego systemu, określających zasady i zakres świadczenia serwisu, a także przytoczonych danych dotyczących listy błędów i incydentów ujawnionych w 2012 roku (odpowiedź na pytanie 20) wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien zaoferować realizację usługi serwisu przez co najmniej 7 etatów (przy założeniu, że jedna osoba to jeden etat - 7 osób). Twierdzenie to odwołujący opierał w szczególności na wymogu zapewnienia udzielania pomocy użytkownikom za pośrednictwem 3 linii telefonicznych jednocześnie oraz udzielania pomocy użytkownikom wewnętrznym za pośrednictwem aplikacji w HelpDesku, do którego konieczne jest zaangażowanie co najmniej 4 etatów (min. 4 osoby). Dodatkowo w ramach tej części zamówienia wymagane jest stałe administrowanie/monitorowanie Active Directory, co powinno być realizowane przez co najmniej 1 etat (min. 1 osoba), gdyż monitorowania i administrowania wymaga 450 serwerów lokalnych i 4 serwery w centrali zamawiającego (z zał. nr 15 do umowy wynika, że jest 359 wydziałów, z których część posiada po 2 serwery Active Directory). Sygnity zauważył, że jeśli wykonawca chciałby zapewnić możliwość monitorowania każdego z serwerów przynajmniej raz w miesiącu, to dziennie osoba realizująca tę usługę musiałaby obsłużyć ponad 20 serwerów. Dodatkowo wskazał, że w ramach serwisu wykonawca zobowiązany będzie również do świadczenia następujących usług:

- usuwanie awarii i uszkodzeń systemu (załącznik nr 9 do umowy)
- usuwanie błędów w oprogramowaniu Systemu nie objętych gwarancją (załącznik nr 10 do umowy)
- dystrybucja nowych wersji systemu (załącznik nr 13 do umowy)
- przygotowywanie i wykonywanie zapytań nie związanych z naprawą danych oraz wykonywanie zmian konfiguracyjnych Systemu zarówno w części centralnej jak i lokalnej (załącznik nr 14 do umowy).

W ocenie odwołującego Sygnity ESAProjekt zaoferował świadczenie usług serwisu w ramach maksymalnie 4 etatów. Swoje twierdzenia odwołujący oparł na wynikających z formularza ofertowego tego wykonawcy cenach brutto za 1 miesiąc realizacji usług

serwisowych w wysokości 36.900,00 zł oraz faktu, iż średnia stawka godzinowa specjalistów IT realizujących tego typu usługi wynosi ok. 60 zł (kalkulacja na podstawie średnich stawek specjalistów IT na stronie www.wynagrodzenia.pl/moja_placa.php), a godzinowa wartość jednego etatu jest na poziomie 160 godzin miesięcznie.

Cztery etaty, które w ocenie odwołującego Sygnity przewidział ESAProjekt w swojej ofercie do świadczenia usług serwisowych, nie są w stanie zapewnić realizacji wyżej wskazanych usług objętych serwisem. W ocenie odwołującego zakres usług objętych serwisem jest tak szeroki, że nie może być wykonywany przez osoby powołane ad hoc, wymaga zaangażowania więcej niż 4 osób w ramach pełnego etatu pracowniczego (160 godzin miesięcznie). Nadmieniał, że do realizacji usług serwisowych powinny być zaangażowane osoby o kompetencjach wskazanych w zał. nr 20 do umowy, m.in. Kierownik projektu, Główny analityk/projektant, programiści (w szczególności Inżynier ds. rozwoju oprogramowania na platformie IBM MainFrame wraz z systemem operacyjnym z/OS oraz bazą danych IBM DB2), specjalista ds. Active Directory, specjaliści ds. serwisu, Specjalista ds. testów oraz inżynierowie systemowi. Usługa taka nie może być świadczona przez nisko wykwalifikowany personel (np. studentów, praktykantów), gdyż w większości przypadków osoby te muszą posiadać stosowne certyfikaty i doświadczenie w pełnieniu danej roli w projekcie.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ESAProjekt jako czyn nieuczciwej konkurencji i w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Enigma Systemy Ochrony Informacji sp. z o.o. i Comp S.A. (dalej Konsorcjum Enigma) jako czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący podniósł tożsamą argumentację faktyczną i prawną i wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy nakazuje zamawiającemu bezwzględnie odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zwrócił uwagę, że zamawiający zgodnie z siwz oczekiwał, że wykonawca składający ofertę w formularzu ofertowym oferty ostatecznej określi cenę całkowitą oferty brutto (cenę ryczałtową), a cena ta obejmować będzie wszelkie należności wykonawcy za wykonanie całości przedmiotu umowy. Niezależnie zamawiający oczekiwał podania przez wykonawców ceny ryczałtowej brutto za 1 miesiąc realizacji przedmiotu zamówienia określonego w § 8 ust. 1 pkt 1 oraz 3 i 4 wzoru umowy oraz ryczałtowej ceny brutto za 1 osobogodzinę realizacji przedmiotu zamówienia określonego w § 8 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy.

Na wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 90 ust. 1, wykonawca ESAProjekt, w dniu 18 marca 2013 roku złożył wyjaśnienia. Zgodnie z żądaniem zamawiającego wykonawca ESAProjekt miał wyjaśnić czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności zaś miał odnieść się między innymi do wyceny usług określonych w § 8 ust. 1 wzoru umowy, a także innych warunków wykonania zamówienia mających wpływ na podana w ofercie cenę łączną brutto a także jej składników.

Wyjaśnienia ESAProjekt zostały w całości przez tego wykonawcę utajnione. Analizując jednak możliwość wykonania usług modyfikacji systemu za zaoferowaną stawkę 1 osobogodziny, odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający winien był uznać, iż oferta ESAProjekt stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i odrzucić ofertę tego wykonawcy z postępowania.

Na wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 90 ust. 1, wykonawca Enigma, w dniu 18 marca 2013 roku złożył wyjaśnienia. Zgodnie z żądaniem zamawiającego wykonawca Enigma miał wyjaśnić czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności zaś miał odnieść się między innymi do wyceny usług określonych w § 8 ust. 1 wzoru umowy, a także innych warunków wykonania zamówienia mających wpływ na podana w ofercie cenę łączną brutto a także jej składników. Ponieważ zamawiający uznał, iż wykonawca Enigma nie udzielił odpowiedzi na zadane mu pytania, a przedstawione przez niego pismo zawierało wyjaśnienia ogólnikowe i nieprzekonujące, korzystając z dyspozycji art. 90 ust. 3 odrzucił ofertę tego wykonawcy. Odwołujący zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego w tym zakresie. Jednakże analizując treść jawnej części wyjaśnień wykonawcy Enigma oraz zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę ryczałtową brutto za 1 osobogodzinę realizacji przedmiotu zamówienia określonego w § 8 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy Odwołujący stwierdza, że cena tej pozycji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności zaś prowadzi do sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Zauważył, że wykonawca Enigma w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2013 roku wskazał w pkt IV g. odnośnie usług określonych w § 8 wzoru umowy, iż „skalkulował tutaj koszty świadczenia usług, w oparciu o swoje długoletnie doświadczenie w zakresie świadczenia usług typu Help-Desk, outsourcingu usług wewnętrznych klienta czy świadczenia pomocy technicznej.” Dalej wykonawca Enigma wyjaśnił, że „ dysponuje obecnie kilkoma zespołami posiadającymi wieloletnie doświadczenie w świadczeniu podobnych usług na potrzeby bardzo wymagających klientów (m.in. MSW, Policja. MSZ, MG, NBP, MF).”, nie wskazując jednakże żadnych konkretnych podstaw do wyceny świadczonych usług modyfikacji.

W ocenie odwołującego Sygnity pytanie zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę znajduje uzasadnienie w art. 90 ust. 1, w szczególności zaś do elementu ceny jakim jest cena za 1 osobogodzinę usług określonych w § 8 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy. Wysokość tej ceny w ofercie wykonawcy ESAProjekt i u Konsorcjum Enigma wynosi 61,50 zł brutto i jest średnio o ponad połowę niższa niż ceny innych wykonawców w tym zakresie. W ocenie odwołującego Sygnity takie działanie wykonawcy prowadzi do stwierdzenia, że oferta złożona przez wykonawcę ESAProjekt i Konsorcjum Enigma w postępowaniu sama w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w

rozumieniu wyżej powołanych przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem podlega odrzuceniu, czego zamawiający zaniechał.

Zgodnie z brzmieniem 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. Złożenie oferty przez wykonawcę ESAProjekt i Konsorcjum Enigma, w której oferowana jest sprzedaż usługi za cenę 61,50 zł brutto za 1 osobogodzinę pracy jest, w ocenie odwołującego, działaniem co najmniej sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) biorących udział w postępowaniu, w szczególności zaś interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego, w sytuacji gdy złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i nie narusza przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a przede wszystkim oparta jest o rzetelną kalkulację ceny. Przywołał wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2012 r. KIO 2814/11; KIO 2819/11. Wycena elementu przedmiotu zamówienia, bez znaczenia czy przygotowanego dla celów porównania i oceny ofert w postępowaniu, a także zasad wypłaty wynagrodzenia umownego powinna być realna. Natomiast wycena dokonana z przyjęciem wartości jednostkowej przedmiotu zamówienia na poziomie niższym niż realna wartość uzyskania takiej usługi, nierealistycznym, dającym wykonawcy większe szanse na uzyskanie zamówienia publicznego nie może być uznana za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy, ubiegającego się o zamówienie. Takie działanie narusza dobre obyczaje i nie zasługuje na ochronę prawną. Naruszenie dobrych obyczajów, na które wskazuje się w cytowanym przepisie, wskazuje na działanie, które stanowi pewnego rodzaju niestaranność przedsiębiorcy w jego zawodowej działalności, które może prowadzić do zniekształcenia prowadzonych, określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że złożenie oferty w której oferowana jest sprzedaż usługi modyfikacji, wycenianej na poziomie 61,50 zł brutto za 1 osobogodzinę pracy, winno być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W dyspozycji przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku usług, poniżej kosztów ich świadczenia. Po drugie zaś niezbędne jest

jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług.

Działaniom wykonawcy ESAProjekt i Konsorcjum Enigma związanym z wyceną oferowanych usług na poziomie 61,50 zł brutto za 1 osobogodzinę, w ocenie odwołującego, nie można przypisać cech normalnej, dopuszczalnej prawem walki konkurencyjnej, ale podejmowanie działań, które mają na celu eliminację konkurencji. Celem uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie jest promocja czy reklama własnych produktów, ale ich sprzedaż w celu uzyskania przychodu poprzez zawarcie odpłatnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powołał wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012r, sygn. KIO 1649/12. Tymczasem cena zaoferowana przez wykonawcę ESAProjekt i Konsorcjum Enigma za usługi serwisowe nie pokrywa w całości kosztów realizacji w zakresie jej uzyskania. Zauważyć należy, że średnio na rynku cena brutto za 1 osobogodzinę osoby świadczącej usługi informatyczne, o których mowa w § 8 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, kształtuje się na poziomie ok. 80 zł (kalkulacja na podstawie średnich stawek specjalistów IT na stronie www.wynagrodzenia.pl/moja_placa.php). Cena taka odnosi się do pracy specjalistów z porównywalnym doświadczeniem jak wymagane przez zamawiającego od wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jak zakłada odwołujący, zamawiający formułując wymogi w zakresie dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach zakładał, chociażby w części, że osoby te będą uczestniczyły nie tylko w realizacji przedmiotu umowy w jego zasadniczej części, ale również w świadczeniu usług modyfikacji w okresie serwisu. Wymaganie takie jest uzasadnione szczególnym przeznaczeniem systemu i usług będących przedmiotem postępowania, a także wyżej wskazanym i wielokrotnie przez zamawiającego w trakcie postępowania podkreślanym znaczeniem i rozległością działania tego systemu. Usługa taka nie może zatem być świadczona przez nisko wykwalifikowany personel (studentów, praktykantów), co przekłada się na wysokość stawki za 1 osobogodzinę usługi. Odwołujący wskazuje również, że zamawiający przewidział opis zespołu wykonawcy oraz ich kwalifikacji w załączniku nr 20 do wzoru umowy.

Dodatkowo odwołujący stwierdził, że leży wziąć pod uwagę zakres czynności objętych § 8 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, które obejmują modyfikacje systemu. W ramach dowolnej modyfikacji oferent powinien skalkulować prace osób o różnych kwalifikacjach, które miałyby realizować odpowiednie zadania związane z wykonaniem modyfikacji Systemu.

Przedstawił udział różnych specjalistów w przykładowej modyfikacji skalkulowanej na 100 roboczogodzin.

analiza biznesowa – specjalista Analityk -10 godzin, analiza i projektowanie specjalista Analityk – 10 godzin, specjalista Projektant 20 godzin, implementacja specjalista Projektant

– 10 godzin, specjalista Programista – 40 godzin, testy i wdrożenie – specjalista Tester – 5 godzin, specjalista Wdrożeniowiec – 5 godzin.

Dodatkowo w kalkulacji należałoby uwzględnić 10-procentowy narzut na zarządzanie realizowane przez Kierownika projektu (czynności wynikające z zał. nr 12 do umowy).

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jasno wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia, która dokonywana jest w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ustawa jest jednoznaczna w swoich zapisach i literalnie interpretując wskazany przepis stwierdzić należy, że nie jest istotne dla zwolnienia z zarzutu dokonania czynu nieuczciwej konkurencji to, czy poprzez wcześniejszą sprzedaż tego towaru lub usługi koszt ich wytworzenia został już pokryty czy też poniesiony przez innych klientów. W konkretnym przypadku oferty wykonawcy ESAProjekt i Konsorcjum Enigma, która zapewne użyła takiego argumentu w złożonych wyjaśnieniach, nie jest zatem istotne, czy koszty utrzymania zespołu osób zajmujących się modyfikacjami pokrywają inni klienci. Czynem nieuczciwej konkurencji nie jest sprzedaż poniżej cen rynkowych, ale jak literalnie wynika z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poniżej kosztów wytworzenia, czyli kosztów poniesionych w procesie wytworzenia produktu lub usługi.

Ważny jest również cel w jakim sprzedaż poniżej kosztów wytworzenia jest dokonywana - eliminacja z rynku innych przedsiębiorców. Oczywistym jest, że udział w postępowaniu, jak i ogólnie prowadzenie działalności gospodarczej, zakłada konkurowanie ze sobą przedsiębiorców, w tym konkurencję cenową, jednak właśnie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mają na celu określenie ram prowadzenia działalności gospodarczej w sposób uczciwy i zgodny z prawem oraz zasadami współżycia społecznego, a także wskazują jakiego rodzaju działania są uznawane za zakazane z mocy prawa..

Zgodnie z interpretacją art. 15 u.z.n.k. dokonaną przez Prezesa UOKiK, w której stwierdzono, że "nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 u.z.n.k. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy" (pismo Prezesa UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. Urz. UOKiK Nr 1, poz. 240). Czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie musi zawsze zmaterializować się w postaci

konkretnego skutku, jednak podejmowane działania zawsze muszą, chociażby teoretycznie, mieć zdolność naruszenia przepisów prawa lub dobrych obyczajów.

Na marginesie jedynie odwołujący powołał się na najnowsze orzeczenia sądów powszechnych wskazujące, iż w sytuacji, gdy stan faktyczny sprawy wypełnia hipotezę normy wynikającej z art. 15 ust. 1-5 u.z.n.k. to nie jest konieczne dodatkowo wykazywanie, że w następstwie któregośkolwiek z zachowań określonych w pkt 1-5 tego przepisu doszło do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (wyrok sądu apelacyjnego w Warszawie sygn. I ACa 1040/12, oraz wyrok SN sygn. ICSK 147/12).

W dniu 18 czerwca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania Sygnity przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21 czerwca 2013r. pisemnie zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawca ESAProjekt SA wskazując, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, przez oddalenie odwołania Sygnity, gdyż zarzuty podniesione wobec jego oferty są bezpodstawne, a oferta ESAProjekt jest ważna i zgodna z siwz, a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do utraty możliwości uzyskania zamówienia przez ESAProjekt SA. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 czerwca 2013r. udzielonego przez prokurenta ujawnionego w KRS z prokurą oddzielną, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 21 czerwca 2013r.

W dniu 21 czerwca 2013r. drogą elektroniczną zgłosiło swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego Konsorcjum Enigma. Wskazało, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż odwołujący domaga się odrzucenia Konsorcjum Enigma z dodatkowych podstaw odrzucenia, a Konsorcjum Enigma samodzielnie wniosło odwołania domagając się przywrócenia do postępowania. Uwzględnienie żądań odwołującego Sygnity może pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 czerwca 2013r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta lidera konsorcjum ujawnionych w KRS lidera i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS lidera załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 czerwca 2013r. ustanawiającego Enigmę liderem konsorcjum i podpisanego przez lidera i partnera konsorcjum przez osoby upoważnione do reprezentacji obu członków konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS obu

członków, których odpisy załączono do zgłoszenia: za partnera przez dwóch członków zarządu, za lidera przez prezesa zarządu i prokurenta. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną i faksem, a odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 21 czerwca 2013r.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołujący Sygnity cofnął odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: