

**WYROK**

**z dnia 23 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2015 r. przez **wykonawcę: DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy: Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę: DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r., poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) 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:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r., poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Utrzymanie, Rozwój i Modyfikacje Aplikacji EBS oraz zmiana wersji Aplikacji EBS z wersji nr 11 na wersję nr 12*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca - DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 5 listopada 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie i wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie oraz zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, z uwagi na ponowne wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Asseco Poland z siedzibą w Rzeszowie z uwagi, że cena zaoferowana przez ww. wykonawców jest rażąco niska, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi, że złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie i wykonawcę Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m. in. naruszenie przepisów art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, odtajnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

złożonych przez wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie w zakresie, który nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie i wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 26 października 2015 r. stał się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 5 listopada 2015 r.

Pismem z dnia 17 listopada 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołania, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

W dniu 17 listopada 2015 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Odwołujący cofnął zarzut dotyczący zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie, gdyż Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia dotyczące tej firmy, zatem cofa zarzut zawarty w punkcie 1 odwołania dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 6 listopada 2015 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2015 r.) wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem postępowania odwoławczego jest postępowanie pn: „*Utrzymanie, Rozwój i Modyfikacje Aplikacji EBS oraz zmiana wersji Aplikacji EBS z wersji nr 11 na wersję nr 12*”.

*/dokumentacja postępowania: Rozdział I pkt 2 „Opis przedmiotu zamówienia”/.*

Ponadto Zamawiający w toku niniejszego postępowania udzielał wykonawcom odpowiedzi na zadawane pytania, t.j. m. in.:

#### Pytanie nr 1438

Prosimy o potwierdzenie, że wykonawca przejmie system do utrzymania po okresie przejściowym w stanie zgodnym z kodami źródłowymi przekazywanymi na etapie postępowania.

#### Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1438 z dnia 4 września 2015 r.

Nie. Zamawiający wyjaśnia, że w Okresie Przejściowym na bieżąco będzie przekazywał aktualne kody źródłowe.

#### Pytanie nr 1439

Prosimy o wyjaśnienie, czy w okresie pomiędzy przekazaniem Wykonawcom kodów źródłowych w trakcie postępowania, a przejęciem systemu do utrzymania przez nowego wykonawcę, Zamawiający nie będzie wprowadzał do systemu istotnych zmian, które mogłyby skutkować destabilizacją systemu?

#### Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1439 z dnia 4 września 2015 r.

Zamawiający nie planuje wprowadzania istotnych zmian do systemu. Należy jednak mieć na uwadze, że potrzeby Zamawiającego w tym zakresie są zależne od okoliczności zewnętrznych (np. zmiany legislacyjne).

*/dokumentacja postępowania: pismo Zamawiającego z udzielonymi odpowiedziami z dnia 4 września 2015 r., str. 269/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

1. Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie – cena: 80,00 pkt, deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych – 10 pkt, deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie – 10 pkt;
2. Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie – cena: 78,85 pkt, deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych – 10 pkt, deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie – 10 pkt;
3. DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – cena – 64,62 pkt, deklarowana liczba błędów krytycznych na testach akceptacyjnych – 10 pkt, deklarowana liczba błędów krytycznych miesięcznie – 10 pkt.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 października 2015 r./.*

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 8 października 2015 r. wezwał wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, albowiem zachodzi przypuszczenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia. Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co najmniej w zakresie:

- 1) Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

2) Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów ze szczególnym uwzględnieniem elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Punktu Funkcyjnego oraz ceny Podzadania A i Podzadania C.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 8 października 2015 r./.*

Wobec wezwania Zamawiającego wykonawca Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie złożył w dniu 15 października 2015 r. wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto

wykonawca Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 15 października 2015 r. /.*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 października 2015 r. wezwał wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. W toku badania złożonych wyjaśnień Zamawiający ustalił, że w wyjaśnieniach brak jest informacji dotyczących uwzględnienia w wycenie Zadań przeniesienia wszystkich funkcjonalności SI, zgodnie z załącznikiem nr 21 do wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), m. in. wymienionych w odpowiedziach na pytania od 1 do 1389 przekazanych pismem z dnia 4 września 2015 r. Biorąc pod uwagę, że złożone w dniu 15 października 2015 r. wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego dotyczących rażąco niskiej ceny, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał do złożenia wyjaśnień oraz dowodów w powyższym zakresie.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 20 października 2015 r./.*

Wobec wezwania Zamawiającego wykonawca Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie złożył w dniu 23 października 2015 r. dodatkowe wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wykonawca Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 23 października 2015 r. /.*

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 8 października 2015 r. wezwał wykonawcę Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, albowiem zachodzi przypuszczenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia. Zamawiający wymagał złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co najmniej w zakresie:

- 1) Oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych,

wyjatkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;

2) Pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 8 października 2015 r./.*

Wobec wezwania Zamawiającego wykonawca Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie złożył w dniu 15 października 2015 r. wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wykonawca Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Asseco Poland S. A. z dnia 15 października 2015 r. /.*

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 października 2015 r. wezwał wykonawcę Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. W toku badania złożonych wyjaśnień Zamawiający ustalił, że w wyjaśnieniach brak jest informacji dotyczących uwzględnienia w wycenie Zadań przeniesienia wszystkich funkcjonalności SI, zgodnie z załącznikiem nr 21 do wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), m. in. wymienionych w odpowiedziach na pytania od 1 do 1389 przekazanych pismem z dnia 4 września 2015 r.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 20 października 2015 r./.*

Wobec wezwania Zamawiającego wykonawca Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie złożył w dniu 23 października 2015 r. dodatkowe wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wykonawca Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 23 października 2015 r. /.*

Zamawiający w dniu 26 października 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie.

*/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 października 2015 r./.*



Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 5 listopada 2015 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 5 listopada 2015 r. /.*

Zamawiający w dniu 30 września 2015 r. zawarł w trybie zamówienia z wolnej ręki z wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie umowę na wykonanie modyfikacji aplikacji.

*/dokumentacja postępowania: Umowa nr 62/DI/2015/2615 z dnia 30 września 2015 r. zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie /.*

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający złożył pismo Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie z dnia 13 listopada 2015 r. odnoszące się do umowy Zamawiającego zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki z wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

*/dokumentacja postępowania: Pismo wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie z dnia 13 listopada 2015 r. /.*

#### **Mając powyższe na względzie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie w dniu 17 listopada 2015 r. strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego złożyli m. in. następujące dowody:

- 1) Pismo z dnia 13 listopada 2015 r. skierowane przez wykonawcę Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie do Zamawiającego złożone przez Zamawiającego;
- 2) Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-178/2015 z dnia 20 października 2015 r. oraz informacja prasowa ze strony internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, złożone przez Zamawiającego;
- 3) Umowa nr 62/DI/2015/2615 zawarta w dniu 30 września 2015 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wraz z załącznikami nr 1 i 2, złożona przez Odwołującego;

- 4) Umowa nr 7/DI/2013/2611 zawarta w dniu 13 lutego 2013 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, złożona przez Odwołującego;
- 5) Opinia z dnia 16 listopada 2015 r. „Dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Utrzymanie, Rozwój i Modyfikacje Aplikacji EBS oraz zmiana wersji Aplikacji EBS z wersji 11 na wersję 12” sporządzona przez dr hab. inż. A. Z., złożona przez Odwołującego;
- 6) Notatka z otwarcia ofert Zamawiającego: Narodowego Banku Polskiego (dalej zwanego: „NBP”) z dnia 17 września 2015 r., złożona przez Odwołującego;
- 7) Formularz ofertowy wykonawcy Infovide-Matrix S. A. z siedzibą w Warszawie złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającemu: Ministerstwu Finansów, dowód złożony przez Przystępującego;
- 8) Odpowiedź na interpelację nr 32884 z dnia 1 lipca 2015 r., złożona przez Przystępującego;
- 9) Zestawienie: Proporcja rocznego utrzymania systemu w stosunku do wartości usługi podniesienia systemu do wyższej wersji, złożone przez Odwołującego;
- 10) Zestawienia kar w usługach utrzymania, złożone przez Przystępującego.

W ocenie Izby zarzuty postawione Zamawiającemu są niezasadne.

Nie potwierdził się zarzut Odwołującego odnoszący się do art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy Pzp, t.j. co do zasadności zastrzeżenia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Ponadto pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Dodatkowo można zgodzić się - w szczególności w niniejszej sprawie - że informacje zawarte w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba dała tym samym wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, że złożone przez nich wyjaśnienia oraz złożone dowody – biorąc pod uwagę specyfikę niniejszej sprawy oraz przedmiotu zamówienia - stanowią wyjątkowy zbiór informacji dający podstawę do zastrzeżenia całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że informacje wskazane przez wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie dotyczące m. in. poziomu wynagrodzeń, współpracy z innymi dostawcami, klientami, złożone dowody i kalkulacje stanowią wartość gospodarczą i podlegają ochronie na podstawie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie ulega również wątpliwości, że co do obu wyjaśnień z dnia 15 października 2015 r. oraz 23 października 2015 r. złożonych przez tego wykonawcę informacje te zostały zastrzeżone przez niego z momentem ich złożenia, zatem podlegają ochronie.

Wobec powyższego, biorąc pod uwagę całokształt informacji, które zostały przekazane Zamawiającemu w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach można uznać – jak również uwzględniając specyfikę tego zamówienia – iż zostały spełnione przesłanki uzasadniające zastrzeżenie wskazanych tam informacji – jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Izby całokształt tych informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego i informacje te jak najbardziej mogą stanowić wartość gospodarczą.

Odwołujący zaś cofnął zarzut dotyczący wyjaśnień dotyczących wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie, gdyż Zamawiający udostępnił Odwołującemu wyjaśnienia dotyczące ww. wykonawcy, zatem cofnął zarzut zawarty w punkcie 1 odwołania dotyczący zaniechania odtajnienia, zastrzeżonych w części wyjaśnień złożonych przez Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie.

Nie potwierdził się również zarzut Odwołującego odnoszący się do art. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, t.j. odnoszący się do ponownego

wezwania wykonawców Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie do wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny.

Izba wzięła pod uwagę argumentację przedstawioną przez Zamawiającego. Zgodzić należy się, że działania Zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie muszą się ograniczać do jednorazowej czynności - w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie Zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości. Zgodzić również należy się z Zamawiającym, że istnieje możliwość stopniowania szczegółowości poszczególnych wezwań, jeśli z konkretnego stanu faktycznego taka konieczność wynika. W niniejszym stanie faktycznym nie można przyjąć – jak twierdzi Odwołujący -, że oba wezwania (kierowane zarówno do wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie) były identyczne w swej treści i dotyczyły tej samej kwestii. Drugie z wezwań – kierowane zarówno do wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie - należało uznać za szczegółowe w stosunku pierwszych wezwań Zamawiającego z dnia 8 października 2015 r. Zatem – wobec przeanalizowania dokładnie treści wezwań z dnia 8 października 2015 r. oraz 20 października 2015 r. należało uznać, że powtórne wezwanie kierowane do obu wykonawców było jedynie doprecyzowaniem niewyjaśnionych wcześniej okoliczności na co wskazuje dokładnie kierowanych przez Zamawiającego wezwań. W przypadku powtórnego wezwania wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie Zamawiający doprecyzował, że prosi o wyjaśnienie informacji dotyczących uwzględnienia w wycenie Zadań przeniesienia wszystkich funkcjonalności SI, zgodnie z załącznikiem nr 21 do wzoru umowy stanowiącej Załącznik nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W przypadku drugiego wezwania doszło do dalszego rozwinięcia, uszczegółowienia w stosunku do sformułowań ujętych w pierwszym wezwaniu. W przypadku wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie powtórne wezwanie Zamawiającego było szczegółowym wezwaniem, wobec ogólnego wezwania z dnia 8 października – powielającego treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Analizując treść obu wezwań, w ocenie Izby nie doszło do powielenia wezwania, a jego doprecyzowania o pewne okoliczności, zatem Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie Wykonawców do złożenia wyjaśnień, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby pierwsze wezwanie, nie wyjaśniało pewnych okoliczności i elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, t.j. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Asseco Poland z siedzibą w Rzeszowie z uwagi, że cena zaoferowana przez ww. wykonawców jest rażąco niska.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez w szczególności przez wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie nie można uznać za niepełne i ogólnikowe. Odnosiły się one wprost do sytuacji wykonawcy, wykazując, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej podstawą argumentacji będącej podstawą niniejszego odwołania jest argumentacja odnosząca się do pozycji dominującej wykonawcy DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wobec wykonawców Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie oraz Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie – a dotycząca umowy zawartej w dniu 30 września 2015 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Argumentacja Odwołującego opierała się na fakcie zawarcia niniejszej umowy z Zamawiającym oraz niepoinformowania o tym innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

W ocenie Izby zarzuty postawione Zamawiającemu są niezasadne.

W pierwszej kolejności – w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawców biorących udział w tym postępowaniu za ewentualny brak istotnych informacji dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz postawionych wymagań. Obowiązek właściwego i pełnego opisanie swoich wymagań spoczywa niewątpliwie na Zamawiającym. to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie tych wymagań, uwzględniając wszelkie istotne okoliczności, parametry. Wskazane wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji niedopuszczalnym byłoby – wobec zawartej przez Zamawiającego z wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie umowy z dnia 30 września 2015 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki - wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec innych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Zamawiający w sposób jasny i klarowny odpowiedział wykonawcom biorącym udział w tym postępowaniu na zadawane przez nich pytania

odnoszące się do możliwości wprowadzania istotnych zmian do systemu (w szczególności odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1439 z dnia 4 września 2015 r. ). Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, iż owszem nie planuje wprowadzania istotnych zmian do systemu, jednak należy mieć na uwadze potrzeby Zamawiającego w tym zakresie, które są zależne od okoliczności zewnętrznych t.j. jak np. zmiany legislacyjne, a zmiany takie - co nie ulega wątpliwości - mają charakter istotny. Zamawiający dodał jednocześnie – do czego Izba się przychyliła – iż wskazał wykonawcom, że zakres tego przedmiotu może być zmienny i że mogą być dokonywane zmiany systemu. Zamawiający nie dał zapewnienia, że takie modyfikacje systemu nie będą wykonywane, co jest typowe dla tego typu systemów. System musi realizować określone zadania, dla których został stworzony, musi być zachowana ciągłość w celu umożliwienia funkcjonowania oraz prawidłowego działania Zamawiającego umożliwiając realizowanie funkcji statutowych. Wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu musieli liczyć się z tym, że w systemie takim dokonywane będą zmiany, ze względu na to, że jest oto system „żywy”, dedykowany Zamawiającemu. Na powyższe wskazywała specyfikacja istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzi Zamawiającego udzielone wykonawcom w niniejszym postępowaniu. Zatem każdy z wykonawców miał świadomość ewentualnych zmian przed złożeniem oferty. W konsekwencji wszyscy wykonawcy poinformowani zostali o możliwości dokonywania zmian systemu w trakcie postępowania i po otwarciu ofert a sytuacja Odwołującego nie była na tyle uprzywilejowana, aby rodzić skutki w postaci niedoszacowania ofert innych wykonawców, co w konsekwencji nie może prowadzić do uznania oferty Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie jako rażąco niskiej. Wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu, mieli świadomość dokonywania zmian w tym systemie – co Przystępujący potwierdził złożonym dowodem - wydruk ze strony Sejmu odpowiedź na interpelację o nr 32884 - w szczególności str. 7 pkt 2a odnosząca się do zakresu zmian. Zatem postanowienia specyfikacji, jak również niniejsza interpelacja wskazywały, że zmiany w systemie tym będą dokonywane. Przystępujący miał pełną świadomość dokonywanych zmian – uwzględnił zatem ryzyko związane z dokonywaniem takich zmian w tym systemie, co na powyższe wskazują jego wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (str. 11 akapit 2 wyjaśnień z dnia 15 października 2015 r.). Wiadomym i oczywistym dla Przystępującego jest, że przejęcie systemu wiąże się z zapoznaniem z tym systemem, zatem koniecznym jest kalkulowanie pewnego ryzyka.

Ponadto nie można również zgodzić się z Odwołującym, że wartość umowy z dnia 30 września 2015 r. – umowy zawartej w trybie niekonkurencyjnym – nie może przesądzać o istotności, bądź nie dokonywanych zmian na podstawie umowy zawartej w dniu 30 września 2015 r. Należy zauważyć, że umowa ta jest umową zawartą w trybie niekonkurencyjnym i zawarte w tej umowie stawki również nie odzwierciedlają stawek zawartych w umowach

zawieranych w trybach konkurencyjnych. Zamawiający jednocześnie zauważył, na konstrukcję tej umowy – i w przeciwieństwie do Odwołującego – wskazał na art. 6 ust. 1 tej umowy odnoszący się do maksymalnego wynagrodzenia, co oznacza że maksymalne wynagrodzenie ostatecznie może ukształtować się nieco inaczej – nie może przewyższyć maksymalnego wynagrodzenia przewidzianego w umowie, ale jednocześnie nie oznacza to, że nie może być one niższe. Poza tym, gdyby przyjąć sposób rozumowania przyjęty przez Odwołującego co do możliwości dokonania takich zmian, to Zamawiający zawsze byłby ograniczony umową z wolnej ręki i nigdy nie mógłby wybrać oferty i rozstrzygnąć tego postępowania, gdyż wykonawca – celem przedłużania zawartej umowy w trybie z wolnej ręki, która jest dla niego korzystna - powoływałby się na dokonane zmiany. Odwołujący upatrywał istotności tych modyfikacji w skali zamówienia – z czym nie można się zgodzić. Nie odniósł się do twierdzeń Przystępującego – i w tym zakresie nie złożył stosownych dowodów – wskazującego, że modyfikacje wskazane w pkt od 1 do 16 są modyfikacjami o wartości 250 tysięcy. Przystępujący jednocześnie zauważył, że wartość punktu funkcyjnego, wynosi 1100 zł, zatem cena za punkt funkcyjny jest dwukrotnie wyższa. Poza złożoną umową – z której wywodził skutki dla innych wykonawców w tym postępowaniu - Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego, że zmiany są istotne, że mają istotny wpływ na niniejszy system. Analogiczna argumentacja przedstawia się co do umowy nr 7/DI/2013/2611 zawartej w dniu 13 lutego 2013 r. pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Ponadto odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny : słusznie zwrócono uwagę, że Odwołujący swoje wywody opierał głównie na rażąco niskiej cenie dla podzadania C, nie kładą wyraźnego nacisku i nie odnosząc się do ceny globalnej, co jest niewystarczającego do wykazania, że zaoferowana cena (cena globalna jest rażąco niska).

Przystępujący oświadczył na rozprawie – powołując się na złożone wyjaśnienia z dnia 15 października 2015 r., str. 11 akapit 2 tych wyjaśnień - że wszystkie elementy zostały w jego ofercie uwzględnione i nie dokonywał on żadnych przesunięć, nie dokonywał żadnych celowych działań w celu eliminacji Odwołującego z rynku a wiadomym i oczywistym dla Przystępującego było – biorąc pod uwagę jego doświadczenie - że przejście systemu wiąże się z zapoznaniem z tym systemem, zatem koniecznym jest skalkulowanie pewnego ryzyka. Ponadto niezależnie od powyższego – jak zauważono na rozprawie - co do kwestii różnego rozłożenia kosztów, Zamawiający w tym zakresie nie wprowadził stosownych obostrzeń dotyczących poszczególnych zadań, zatem i tak niemożliwe byłoby wyciąganie wobec wykonawców negatywnych konsekwencji wobec ewentualnych zaniechań Zamawiającego w tym zakresie.

Dla Zamawiającego – argumentami przesądzającymi, że nie mamy do czynienia z ceną rażąco niską w przypadku oferty wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie i to że wykonawca ten dokonał szacowania swojej oferty z uwzględnieniem wszelkich ryzyk były stwierdzenia zawarte w złożonych przez tego wyjaśnieniach, t.j. wyjaśnieniach z 23 października 2015 r. (str. 1 - akapit 2, str. 3 - akapit rozpoczynający się od słów „dodatkowo”) oraz wyjaśnieniach z dnia 15 października 2015 r. (w szczególności wskazuje na str. 7 zaczynającą się od litery „A” oraz str. 11 akapit 2).

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że do niniejszego postępowania odwoławczego nie przystąpił wykonawca Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie – wobec którego również Odwołujący kierował zarzuty. W ocenie Izby przystąpienie wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie do postępowania odwoławczego jest jego uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem. Brak przystąpienia nie może wywoływać negatywnych konsekwencji. Jednak Izba w niniejszym stanie faktycznym wzięła pod uwagę fakt braku przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie oraz pismo z dnia 13 listopada 2015 r. wskazujące na niemożliwość zrealizowania zamówienia wobec niepoinformowania przez Zamawiającego wykonawców o umowie z dnia 30 września 2015 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zawartej w trybie z wolnej ręki a także istotne było złożenie dowodów przez Zamawiającego (wydruku ze strony internetowej UOKIK, Decyzji nr *DKK-178/2015* oraz informacji prasowej - również ze strony UOKIK-u) wskazujących, że wykonawca DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest częścią wykonawcy Infovide – Matrix S. A. z siedzibą w Warszawie, a z informacji, które posiada Zamawiający wynika, że Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie przejęło 70% akcji Infovide - Matrix S. A. z siedzibą w Warszawie, co jednocześnie odbiera wiarygodności stanowiska wyrażonego przez Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie w piśmie z dnia 13 listopada 2015 r. zaznaczającego, że brak informacji o umowie z dnia 30 września 2015 r. miało wpływ na szacowanie oferty złożonej przez ww. wykonawcę w postępowaniu oraz niemożliwość zrealizowania przedmiotowego zamówienia za wskazaną cenę. Krajowa Izba Odwoławcza wobec takiego stanu rzeczy nie dała wiarygodności twierdzeniom Odwołującego, który nie odparł zarzutów Zamawiającego i Przystępującego w tym zakresie.

Ponadto niezależnie od powyższego – co również nie ulega wątpliwości - ocena prawidłowości złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie nie powinna być oceniana przez pryzmat oświadczenia wykonawcy Asseco Poland S. A. z siedzibą w Rzeszowie złożonego Zamawiającemu w dniu 13 listopada 2015 r. Oświadczenie



to nie może mieć wpływu na prawidłowość wyjaśnień wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie.

Odnosząc się do złożonej przez Odwołującego opinii z dnia 16 listopada 2015 r. „Dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Utrzymanie, Rozwój i Modyfikacje Aplikacji EBS oraz zmiana wersji Aplikacji EBS z wersji 11 na wersję 12” sporządzoną przez dr hab. inż. A. Z., zauważyć należy że powyższa opinia sporządzona została na zlecenie Odwołującego, nie podlega ocenie jako dowód z opinii biegłego, a jedynie może być potraktowana przez Izbę jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Odwołującego. Opinia taka jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2001 r., sygn. akt I PKN 468/00, oraz wyrok z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt I CSK 199/09).

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że złożona przez Odwołującego opinia z dnia 16 listopada 2015 r. „Dotycząca postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Utrzymanie, Rozwój i Modyfikacje Aplikacji EBS oraz zmiana wersji Aplikacji EBS z wersji 11 na wersję 12” sporządzona przez dr hab. inż. A. Z. opiera się o nieuzasadnione założenia przyjęte przez autora tej opinii, nie wyjaśniającego jednocześnie dlaczego przyjął takie a nie inne założenia i podstawy do jej sporządzenia. Ponadto – do czego Izba się przychyliła – Zamawiający zauważył na nieostre stwierdzenia zawarte w tej opinii, podważające wiarygodność tego dokumentu złożonego przez Odwołującego.

Odnosząc się do postępowania, na które powołał się Odwołujący a realizowanego przez Zamawiającego: Narodowy Bank Polski (dalej zwany: "NBP") oraz do złożonych dowodów – t.j. *Notatki z otwarcia ofert Zamawiającego NBP*, zauważyć należy co następuje: Istotnym – w ocenie Izby - jest to, że nie można mówić o dwóch identycznych projektach w stosunku do projektu Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa będącego przedmiotem niniejszego sporu. W przypadku Zamawiającego - NBP przyjęto inną metodę upgradowania – w przypadku tego projektu chodziło o wdrożenie nowej instalacji, wdrożenia nowych funkcjonalności. Co do projektu prowadzonego przez Zamawiającego: NBP wykonawca Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie zmuszony był do ponoszenia nowych kosztów, kosztów dodatkowych – tj. chociażby kosztów dojazdu i noclegów. W przypadku Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa Zamawiający ten udostępnia zdalny dostęp. W konsekwencji występują znaczące różnice pomiędzy tymi projektami, nie można ich ze sobą utożsamiać i nie ma możliwości porównania ofert z tych postępowań.

Analogiczne stanowisko Izba wyraża wobec złożonego przez Przystępującego dowodu – formularza ofertowego wykonawcy Infovide-Matrix S. A. z siedzibą w Warszawie złożonego Zamawiającemu: Ministerstwu Finansów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, t.j. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Asseco Poland z siedzibą w Rzeszowie z uwagi, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę jest rażąco niska należy wskazać, że nawet wobec pisma tego wykonawcy skierowanego do Zamawiającego w dniu 13 listopada 2015 r. i stwierdzenia, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę wobec złożonego pisma może budzić wątpliwości, to i tak w niniejszym stanie faktycznym, nie miałyby to wpływu na wynik tego postępowania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, który został w ocenie Odwołującego popełniony przez Przystępującego, zauważenia wymaga kilka kwestii.

Przede wszystkim – co zostało już wskazane – Zamawiający co do kwestii różnego rozłożenia kosztów, nie wprowadził do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownych obostrzeń dotyczących poszczególnych zadań, czy też podzadań. Zatem trudno wobec wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie wyciągać negatywnych konsekwencji. Odnosząc się do sprawy kar umownych i sposobu ich wyliczania przez poszczególnych wykonawców, co miało przesądzić o czynie nieuczciwej konkurencji wykonawcy Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie – na podstawie złożonych dowodów: zestawień kar w usługach utrzymania złożonych przez wykonawców, proporcji rocznego utrzymania systemu w stosunku do wartości usługi podniesienia systemu do wersji wyższej – to powyższa kwestia sporna co do wyliczania tych kar ma charakter przyszły i niepewny, powyższe będzie miało miejsce na etapie realizacji zamówienia pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą realizującym to zamówienie. Poza to trudno w tym stanie faktycznym mówić o próbie wyeliminowania wykonawcy DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z rynku przez wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie skoro Odwołujący – wobec zawartej umowy z dnia 30 września 2015 r. z Zamawiającym – jest monopolistą i ewentualne jego działania – wobec zawartej umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki z dnia 30 września 2015 r. z Zamawiającym mogą być ewentualnie utożsamiane z próbą przeciągania postępowania odwoławczego w celu ponownego zawarcia umowy w trybie niekonkurencyjnym z Zamawiającym. Próba złożenia oferty – przez wykonawcę Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie w trybie konkurencyjnym – nie może być utożsamiana popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji i próbą wyeliminowania wykonawcy DahliaMatic

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z rynku. Ponadto nie wskazano na konkretne działania oraz nie złożono żadnych dowodów wskazujących, że wykonawca Sygnity S. A. z siedzibą w Warszawie działał w celu eliminacji Odwołującego z rynku. Zatem nie wykazano przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Przystępującego kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem Przystępujący zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku – w tym Odwołującemu, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego. Nie zostało zatem wykazane, że Przystępujący działał z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku.

Co do dowodów w postaci m. in. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czy też pytań i odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców stanowią one dokumentację niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, która została włączona w poczet materiału dowodowego z urzędu.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego, zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....