

Sygn. akt: KIO 1872/13

**WYROK**

**z dnia 13 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Barbara Bettman**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Grupa Powen-Wafapomp S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **K.S.K. sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A. w Katowicach**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Grupa Powen-Wafapomp S.A. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Grupa Powen-Wafapomp S.A. 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 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa pomp i zespołów pompowych dla Oddziałów Kompani Węglowej S.A. w 2013 r.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 czerwca 2013 r., nr 2013/S 114-195362.

W dniu 29 lipca 2013 r. zamawiający przesłał wykonawcy Grupa Powen-Wafapomp S.A. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o zaproszeniu do aukcji elektronicznej, m.in. w zakresie pakietu (części zamówienia) nr 5 i 7. Do aukcji elektronicznej w ww. częściach zaproszono również wykonawcę K.S.K. sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej, zwanego dalej „przystępującym” oraz wykonawcę P.P.H.U. Martech-Plus Marcin Mistarz Spółka Jawna z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zwanego dalej „Martech”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia ofert obu wykonawców w zakresie części 5 i 7 przedmiotu zamówienia,
- 2) czynności wyznaczenia aukcji elektronicznej w zakresie części 5 i 7 zamówienia,
- 3) czynności zaproszenia ww. wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie części 5 i 7 zamówienia

odwołujący wniósł w dniu 2 sierpnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) 7 ust 1 i 3 oraz art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia w zakresie pakietu 5 i 7 ofert złożonych przez ww. wykonawców, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci wskazanej w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 91a ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp przez wyznaczenie przez zamawiającego aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 7 i zadania nr 5 zamówienia, w sytuacji gdy złożono jedynie dwie niepodlegające odrzuceniu oferty,
- 3) art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 91b ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 82 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że oferty przystępującego oraz wykonawcy Martech winny zostać odrzucone przez zamawiającego gdyż zostały złożone w wyniku dopuszczenia się przez tych wykonawców tzw. „zmowy przetargowej”. Wywiódł, że wykonawcy ci uzgodnili warunki składanych ofert w celu eliminacji innych wykonawców i zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednego z nich.

Odwołujący przywołał następujące okoliczności faktyczne, mające świadczyć o „zmowie przetargowej”.

- a) w zakresie zadania 5 i 7 obie oferty mają za przedmiot te same urządzenia - pompy PZ i PSZ produkcji przystępującego,
- b) ceny jednostkowe netto oferowanych przez obu wykonawców urządzeń są identyczne (pkt 7.1., 7.5. w zadaniu nr 7) lub też różnią się od siebie o stałą kwotę 500 zł (pkt 7.2, 7.3., 7.4 w zadaniu nr 7) lub też różnią się nieznaczenie (pkt 5.1. w zadaniu nr 5 różnica 100 zł),
- c) przystępujący – producent pomp - zobowiązał się oddać, na mocy pisemnego zobowiązania z dnia 5.07.2013 r., do dyspozycji wykonawcy Martech zasoby niezbędne dla realizacji zamówienia,
- d) obaj wykonawcy celem wykazania iż spełniają warunek wiedzy i doświadczenia przywołali częściowo tożsamy wykaz zrealizowanych dostaw oraz udokumentowali ów wykaz tożsamymi referencjami,
- e) oferty i zobowiązanie sporządzono w tej samej dacie tj. 5 lipca 2013 r. - co uprawdopodobnia tezę, iż w dniu 5 lipca 2013 r. musiało dojść do spotkania przedstawicieli obu wykonawców i uzgodnienia warunków składanych ofert.

W konsekwencji odwołujący wywiódł, że czynność wyznaczenia przez zamawiającego aukcji elektronicznej w zakresie zadania 5 i 7 była niezasadna, albowiem oferty ww. wykonawców, w zakresie tych zadań, powinny zostać odrzucone.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego i wykonawcę Martech w zakresie zadań nr 5 i 7 zamówienia,
- 2) unieważnienia czynności zaproszenia ww. wykonawców do aukcji elektronicznej i czynności jej wyznaczenia w zakresie zadania nr 5 i 7 zamówienia,
- 3) w przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznych wyznaczonych w zakresie zadań nr 5 i 7 zamówienia - ich unieważnienia,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 5 i 7 zamówienia z pominięciem ofert złożonych przez ww. wykonawców.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca K.S.K. sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, ofertę wykonawcy Martech, zawiadomienie o wyznaczeniu aukcji elektronicznej, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba stwierdziła ponadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie stwierdzono, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w zakresie pakietu 5 i 7 odwołujący, w świetle kryteriów oceny ofert, złożył ofertę najkorzystniejszą. Zarzucał on zamawiającemu, że zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez dwóch wykonawców w tych częściach zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał odrzucenia obu ofert, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tych czynności. Wówczas w obu częściach postępowania pozostałyby 2 oferty niepodlegające

odrzućenie, co w świetle art. 91a ust. 1 ustawy Pzp oznaczałoby niemożność przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Zatem efektem uwzględnienia odwołania może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Ustalono, że w zakresie zadań nr 5 i nr 7 oferty złożyło czterech wykonawców:

- 1) odwołujący na pompy własnej produkcji na kwotę 1.272.619,50 zł brutto w zakresie zadania nr 5, na kwotę 2.383.494,00 zł brutto w zakresie zadania nr 7,
- 2) przystępujący na pompy własnej produkcji na kwotę 1.335.165,00 zł brutto w zakresie zadania nr 5, na kwotę 2.543.670,00 zł brutto w zakresie zadania nr 7,
- 3) wykonawca Martech na pompy produkcji przystępującego na kwotę 1.369.974 zł brutto w zakresie zadania nr 5, na kwotę 2.578.080,00 zł brutto w zakresie zadania nr 7,
- 4) wykonawca Flow Control sp. z o.o. na pompy produkcji Flygt na kwotę 3.842.397,00 zł brutto w zakresie zadania nr 5, na kwotę 7.223.052,00 zł brutto w zakresie zadania nr 7.

W zakresie zadania nr 5 przystępujący zaoferował:

- a) pompy PZ-22 Gdz za cenę jednostkową 8.500,00 zł netto,
- b) pompy PZ-22Gdz za cenę jednostkową 12.500,00 zł netto.

W zakresie zadania 7 przystępujący zaoferował:

- a) pompy PSZ-65D2z za cenę jednostkową 12.500,00 zł netto,
- b) pompy PSZ-100Az za cenę jednostkową 26.000,00 zł netto,
- c) pompy PSZ-100 Az za cenę jednostkową 38.000,00 zł netto,
- d) pompy PSZ-100 Az za cenę jednostkową 26.000,00 zł netto,
- e) pompy PSZ-100 Az za cenę jednostkową 39.500,00 zł netto.

W zakresie zadania nr 5 wykonawca Martech zaoferował:

- a) pompy PZ-22 GDz za cenę jednostkową 8.600,00 zł netto,
- b) pompy PZ-22Gdz za cenę jednostkową 14.200,00 zł netto.

W zakresie zadania 7 wykonawca Martech zaoferował:

- a) pompy PSZ-65D2z za cenę jednostkową 12.500,00 zł netto,
- b) pompy PSZ-100Az za cenę jednostkową 26.500,00 zł netto,
- c) pompy PSZ-100 Az za cenę jednostkową 38.500,00 zł netto,
- d) pompy PSZ-100 Az za cenę jednostkową 26.500,00 zł netto,

e) pompy PSZ-100 Az za cenę jednostkową 39.500,00 zł netto.

Do swej oferty wykonawca Martach załączył zobowiązanie wystawione przez przystępującego z 5.7.2013 r. w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, mocą którego przystępujący udostępniał wykonawcy Martech zasoby niezbędne do wykonania zamówienia, którymi przystępujący dysponuje. Do oferty załączył wykaz dostaw, w którym ujęto dostawę pomp zatapialnych na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej w roku 2011 wykonaną przez przystępującego oraz dostawę pomp zatapialnych na rzecz Lubelskiego Węgla „Bogdanki” S.A. w 2012 r. wykonaną przez przystępującego. Załączono do wykazu referencje wystawione dla przystępującego przez ww. odbiorców dostaw.

Do oferty przystępującego załączono wykaz dostaw, w którym wymieniono 4 dostawy, w tym 2 dostawy tożsame z wymienionymi w wykazie dostaw złożonym przez wykonawcę Martech i udokumentowane tożsamymi referencjami.

Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie zadań 5 i 7 wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym stanie faktycznym.

Stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Zgodnie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331) zakazane są porozumienia, których *celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.* Nie ulega wątpliwości, iż działanie takie w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż może być uznane jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i naruszające interes innego przedsiębiorcy czy klienta.

Dostrzeżenia wymaga, że postępowanie odwoławcze przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba nie ma obowiązku dociekania prawdy materialnej ani przeprowadzania dowodów z urzędu. Stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia spornych okoliczności faktycznych spoczywa na tej stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W niniejszej sprawie

ciężar udowodnienia, że przystępujący i wykonawca Martech składając oferty dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji spoczywał na odwołującym. To on bowiem z faktu dopuszczenia się przez obu wykonawców „zmowy przetargowej” wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia ofert tych wykonawców.

W ocenie Izby odwołujący nie sprostął konieczności wykazania przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, który miał przybrać postać tzw. „zmowy przetargowej”. Jedyne dowody jakie odwołujący zaoferował Izbie, tj. dowód z dokumentów - treści ofert obu wykonawców i dowód z dokumentu - zapisu przebiegu aukcji elektronicznej - okazały się niewystarczające na ustalenia przez Izbę zaistnienia zmywy przetargowej.

Bezspornym było to, że obaj wykonawcy zaoferowali zamawiającemu dostawę tych samych urządzeń - pomp PZ i PSZ produkcji przystępującego. Nie ulegało również wątpliwości, że przystępujący zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy Martech swego zasobu wiedzy i doświadczenia, czego następstwem było przekazanie wykonawcy Martech referencji przystępującego i ujęcie wykazywanych dostaw w wykazie.

Natomiast, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie, na podstawie faktu podobieństwa niektórych cen jednostkowych nie można było – na zasadzie domniemania faktycznego – ustalić faktu, że wykonawcy uzgadniali ze sobą treść ofert. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że ceny jednostkowe nie były identyczne. W niektórych pozycjach były takie same, w innych różniły się o kwotę 500 zł za sztukę, w kolejnych o 100 zł za sztukę, zaś w jednej pozycji o 1.700 zł. Zdaniem Izby podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia są dostawy o charakterze jednorodnym (pompy). W tej sytuacji podobieństwo niektórych cen mogło być zwykłym następstwem tego, że w obu ofertach zaoferowano te same urządzenia - pompy produkcji przystępującego. Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają zatem, że ceny jednostkowe w opisanej sytuacji mogą pozostawać zbliżone, skoro dotyczą tego samego towaru.

Ustalenie faktu zmywy przetargowej nie mogło nastąpić również w świetle faktu, że obie oferty i zobowiązanie przystępującego do udostępnienia zasobów wykonawcy Martech sporządzono tego samego dnia tj. 5 lipca 2013 r. Odwołujący w odwołaniu wywodził, że na podstawie tego faktu można ustalić, iż w dniu 5 lipca 2013 r. miało miejsce spotkanie przedstawicieli przystępującego i wykonawcy Martech, na którym miano uzgodnić warunki ofert dla zamawiającego. Przystępujący zaprzeczył ww. okoliczności, a zatem jej udowodnienie obciążało odwołującego. W ocenie Izby domniemanie faktyczne jakie przeprowadził odwołujący jest wadliwe. Uszło uwadze odwołującego, że dzień 5 lipca 2013 r. (piątek) był jednocześnie ostatnim dniem roboczym przypadającym przed dniem upływu terminu składania ofert (8 lipca 2013 r., poniedziałek). A zatem przyczyną sporządzenia obu



ofert i zobowiązania w dniu 5 lipca 2013 r. mogła być chęć skompletowania ofert w tym dniu, tak aby mogły one zostać złożone w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Skoro zatem z danego faktu można było wyprowadzić również inne, poprawne pod względem logicznym wnioski, to domniemanie faktyczne należało uznać za nieprawidłowe. Tożsamość dat, w ocenie Izby nie dowodziła zatem, że miało miejsce spotkanie, na którym uzgodniono warunki ofert dla zamawiającego.

W ocenie Izby sam fakt oferowania produktów innego wykonawcy i uzyskania jego wsparcia przy sprzedaży, czego wyrazem było zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, nie świadczył o wejściu obu wykonawców w antykonkurencyjne porozumienie polegające na uzgodnieniu warunków ofert w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Zasady doświadczenia życiowego podpowiadają, że na rynku istnieje praktyka zapewnienia przez producenta towaru wsparcia kupującemu na etapie dostawy. Działanie takie nie jest również sprzeczne z prawem. Udostępnienie własnych zasobów innemu przedsiębiorcy to wszak instytucja wyraźnie dopuszczona przez prawo i opisana w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ponadto, można powiedzieć, że na analizowanym rynku – tj. dostaw pomp, istnieje zwyczaj udostępniania własnych zasobów innym podmiotom. Przypomnienia wymaga, że w tożsamym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w ub.r. również odwołujący udzielił zobowiązania innemu podmiotowi ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, zaś podmiot ten złożył następnie ofertę. Powyższe ustalono na podstawie analizy ofert obu wykonawców na dostawę pomp i zespołów pompowych dla Oddziałów Kompani Węglowej S.A. w 2012 r., przedstawionych przez zamawiającego w trakcie rozprawy. Trudno zatem sytuację tę uznać za sprzeczną z dobrymi obyczajami.

Wreszcie, opisywana sytuacja w żaden sposób nie narusza interesu innego przedsiębiorcy, a zwłaszcza klienta. Dostrzeżenia wymagało, że rzekoma motywacja jaka, według odwołującego, miałyby przyświecać wykonawcom uzgadniającym warunki ofert, tj. doprowadzenie do aukcji elektronicznej, nie świadczy o możliwości wyeliminowania, ograniczenia czy utrudnienia konkurencji. Aukcja elektroniczna to przewidziany w art. 91a – 91 c ustawy Pzp sposób wyłonienia najkorzystniejszej oferty, swoista „dogrywka”. Jej istotą jest to, że każdy z zakwalifikowanych do aukcji wykonawców ma możliwość w sposób transparentny i nieskrępowany składania w czasie rzeczywistym kolejnych postąpień. Prowadzenie aukcji elektronicznej zatem sprzyja konkurencji w postępowaniu, a nie ją utrudnia czy eliminuje. Możliwość udziału w aukcji elektronicznej, która odbyła się po wniesieniu odwołania, miał również odwołujący. Nieuzyskanie przez niego zamówienia było zaś wyłącznie wynikiem jego własnej decyzji biznesowej co do braku możliwości dalszego obniżenia ceny.

Również sam przebieg aukcji elektronicznej nie dowodził istnienia zмовы przetargowej. Odwołujący uważał, że skoro wykonawca Martech złożył w trakcie aukcji elektronicznej jedynie 3 postąpienia, to miało to świadczyć o zмовie przetargowej z przystępującym. W ocenie Izby sam fakt złożenia takiej liczby postąpień nie oznaczał, że wykonawca ten brał udział w aukcji jedynie dla pozoru. Nie został przeprowadzony żaden dowód, w oparciu o który można byłoby ustalić, że wykonawca Martech miał jeszcze możliwość składania dalszych postąpień, z której to możliwości nie korzystał, z uwagi na antykonkurencyjne porozumienie zawarte z przystępującym. W braku dowodu przeciwnego Izba uznała, że nieskładanie dalszych postąpień było wynikiem decyzji biznesowej wykonawcy, opartej na rachunku ekonomicznym. Ponadto uszło uwadze odwołującego, że czwarty wykonawca Flow Controls p. z o.o., co do którego nie postawiono zarzutu udziału w zмовie, nie złożył w trakcie aukcji żadnego postąpienia.

Reasumując Izba stwierdziła, że wobec niespełnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, zasadnym było zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia ofert przystępującego i wykonawcy Martech. W konsekwencji stwierdzono, że zamawiający, zapraszając ww. wykonawców do aukcji elektronicznej, nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 91 a ust. 1 ani 91 b ust. 1 ustawy Pzp. Nie został naruszony również przepis art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że zarówno przystępujący jak i wykonawca Martech złożyli tylko jedną ofertę.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....