

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2024 roku przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **OPA - ROW Spółka**

**z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Kord" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

**w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**

przy udziale Uczestnika po stronie Odwołującego: **Demetrix New Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piekarach Śląskich** w postępowaniu o sygn.

akt: KIO 1987/24 oraz

przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**Budoserwis Z.U.H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Fabryka Wentylatorów FAWENT Spółka Akcyjna z siedzibą w Chełmie Śląskim, EL-PLATFORMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**

**z siedzibą w Mikołowie** w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1987/24

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: Budoserwis Z.U.H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Fabryka Wentylatorów FAWENT Spółka Akcyjna z siedzibą w Chełmie Śląskim, EL-PLATFORMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie do aukcji elektronicznej;

1.2. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budoserwis Z.U.H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, Fabryka Wentylatorów FAWENT Spółka Akcyjna z siedzibą w Chełmie Śląskim,

EL-PLATFORMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mikołowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

1.3. ponowną ocenę i badanie ofert,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego: Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OPA - ROW Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Kord" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego OPA - ROW Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Kord" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: .....

Sygn. akt: KIO 1987/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę urządzeń w ramach modernizacji wentylatorów WPK 5,0 nr 1 i nr 2 w stacji wentylatorów głównych przy szybie V JSW S.A. KWK „Budryk” wraz z opracowaniem projektów, zabudową, montażem i uruchomieniem” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane a Dz. Urz. UE – OJ S 61/2024 26/03/202. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością przeprowadzenia aukcji elektronicznej, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 6 czerwca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: OPA - ROW Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Kord" Sp. z o.o.

Z siedzibą w Chorzowie zwanych dalej „Odwołującym” od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na zaproszeniu do aukcji elektronicznej Konsorcjum firm: Budoserwis Z.U.H. Sp. z o. o., Fabryka Wentylatorów FAWENT S.A., EL- PLATFORMA Sp. z.o.o. (dalej: „Konsorcjum Budoserwis” lub „Wykonawca Budoserwis”), w sytuacji gdy oferta tego Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Wykonawcy Konsorcjum Budoserwis, w sytuacji złożenia przez Wykonawcę Budoserwis oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Budoserwis, w sytuacji gdy doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty oraz prowadzenia przez Zamawiającego z Wykonawcą Budoserwis negocjacji co do treści oferty, które doprowadziły do zmiany treści oferty Konsorcjum Budoserwis;
3. art. 232 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Budoserwis, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Budoserwis podlega odrzuceniu, zaś zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej powinno być skierowane do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu,
4. art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia Konsorcjum Budoserwis do aukcji elektronicznej;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Budoserwis;
4. ponowną ocenę i badanie ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania – Odwołujący został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej. Jego oferta jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego może być konkurencyjna w odniesieniu do oferty drugiego Wykonawcy, po odrzuceniu oferty trzeciego Wykonawcy zaproszonego do aukcji elektronicznej. Odwołujący może i powinien konkurować, w tym w trakcie aukcji elektronicznej z Wykonawcą, którego oferta nie podlega odrzuceniu. Oferta Konsorcjum Budoserwis jest nieprawidłowa i powinna podlegać odrzuceniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na udział w aukcji elektronicznej prowadzonej zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawy Pzp, a w konsekwencji Odwołujący może nie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbicie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę urządzeń w ramach modernizacji wentylatorów WPK 5,0 nr 1 i nr 2 w stacji wentylatorów głównych przy szybie V JSW S.A. KWK „Budryk” wraz z opracowaniem projektów, zabudową, montażem i uruchomieniem”, w wyniku którego zaproszono do aukcji m.in. Konsorcjum Budoserwis pomimo, iż oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zamawiający w zaproszeniu do aukcji wskazał, iż Konsorcjum Budoserwis otrzymało 100 pkt zgodnie z kryteriami oceny ofert i w związku z tym zajmuje pozycję nr 1.

Odwołujący nie zgadza się z prezentowanym stanowiskiem, gdyż oferta Wykonawcy Budoserwis powinna podlegać odrzuceniu z przyczyn faktycznych i prawnych wskazanych

w przedmiotowym odwołaniu. Wykonawca Budoserwis nie powinien być zaproszony do aukcji elektronicznej.

Ad. zarzut nr 1 i 2

Zgodnie z pkt 4 SWZ Opis przedmiotu zamówienia:

4.1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń w ramach modernizacji wentylatorów WPK 5,0 nr 1 i nr 2 w stacji wentylatorów głównych przy szybie V JSW S.A. KWK „Budryk” wraz z opracowaniem projektów, zabudową, montażem i uruchomieniem,

4.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja techniczna, stanowiąca załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie zaś z treścią Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ – pkt II. Zakres rzeczowy obejmuje:

1. Opracowanie kompletnej dokumentacji technicznej obejmującej modernizację stacji wentylatorów głównych WPK 5,0 nr 1 i nr 2 we wszystkich branżach.

2. Przeniesie praw autorskich praw majątkowych do dokumentacji.

3. Dostawa oraz wymiana podzespołów stacji wentylatorów głównych zgodnie z opracowanymi dokumentacjami.

4. Wykonanie wszystkich niezbędnych badań, certyfikacji oraz odbiór stacji wentylatorów głównych po modernizacji.

Zgodnie z pkt 8 SWZ Opis sposobu przygotowania oferty. Oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą

8.1. Ofertę należy przygotować wypełniając Formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SWZ)

lub sporządzić ją według wzoru przedstawionego w Formularzu ofertowym. Ponadto wykonawca wypełnia Kosztorys przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 4 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego.

W kosztorysie wyodrębniono pozycję nr 16 – udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania.

Pkt 13. Opis sposobu obliczania ceny

13.1. Z zastrzeżeniem punktu 13.2. SWZ wykonawca zobowiązany jest wypełnić Formularz ofertowy, podając cenę netto za wykonanie całego zamówienia, procentową stawkę podatku od towarów i usług i cenę brutto za wykonanie całego zamówienia. Ponadto wykonawca zobowiązany jest wypełnić Kosztorys w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel, stanowiący załącznik nr 4 do Formularza ofertowego. Wypełniając Kosztorys wykonawca podaje jednostkową cenę netto każdej pozycji Kosztorysu oraz cenę netto każdej pozycji kosztorysu i cenę netto za wykonanie całego zamówienia.

Pkt 16. Aukcja elektroniczna

16.1. W celu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający, po wstępnym badaniu i ocenie ofert, przeprowadzi jednoetapową, zniżkową aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W zaproszeniu do aukcji zamawiający poda adres internetowy platformy, na której aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona oraz szczegółowy opis jej przeprowadzenia.

W toku postępowania Zamawiający prowadził z Wykonawcą Budoserwis korespondencję w sprawie wyceny pozycji nr 16 Kosztorysu ofertowego. Zamawiający pismem z dnia 10.05.2024 r. wezwał Konsorcjum Budoserwis do wyjaśnienia „czy nie wypełnienie poz. 16 części II kosztorysu było działaniem zamierzonym polegającym na rezygnacji z udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania”. W odpowiedzi Wykonawca wskazał, iż cena za licencje nie została wprowadzona, gdyż nie można było edytować komórki G104 w pliku exel. Kwota za licencje została uwzględniona w pozycjach na opracowanie dokumentacji technicznej w branży elektrycznej oraz przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej w branży elektrycznej. W uzupełnieniu powyższego w dniu 15 maja 2024 r. Wykonawca Budoserwis poinformował, iż dla tej pozycji powinna być wskazana kwota 0,00 zł.

Następnie pismem z dnia 23 maja 2024 r. Wykonawca Budoserwis złożył kolejne wyjaśnienia, w których wskazał, iż wysokość wynagrodzenia w pozycji „udzielenie licencji

na użytkowanie oprogramowania” wynosi 8.000, 00 zł. Wartość została rozbita i uwzględniona

w pozycjach „opracowanie dokumentacji technicznej w branży elektrycznej” w kwocie

6.000, 00 zł oraz w pozycji „przeniesienie na zamawiającego autorskich praw majątkowych

do dokumentacji technicznej w branży elektrycznej” w kwocie 2.000,00 zł.

Wykonawca Budoserwis co najmniej trzy razy zmieniał zdanie na temat wyceny pozycji nr 16 w kosztorysie – za pierwszym razem twierdził, że nie wycenił z uwagi na brak możliwości edycji komórki G104, za drugim razem wskazał, że wartość tej pozycji wynosi 0 zł, zaś za trzecim razem oświadczył, że cena za udzielenie licencji wynosi 8.000, 00 zł.

Wyjaśnienia Wykonawcy Budoserwis nie są zatem spójne i konsekwentne.

W zależności od sformułowanego pytania Wykonawca Budoserwis udziela odpowiedzi byleby sprostac oczekiwaniom Zamawiającego i przekonać, że mimo zaniechania wyceny poz. nr 16 kosztorysu ofertowego, oferta jest prawidłowa. Twierdzenia Wykonawcy Budoserwis są niewiarygodne i wskazują na próbę sanowania błędów oferty. Z treści oferty nie wynika

czy Wykonawca Budoserwis zaoferował rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego

tj. czy w zakres jego świadczenia wchodzi udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania.

Podkreślić trzeba, że Zamawiający nie może spekulować, czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Za wyrokami sygn. akt KIO 2082/17 oraz KIO 1567/18 Odwołujący wskazuje, że: „(...) z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.”

W związku z powyższym, opisane braki w ofercie Wykonawcy Budoserwis obligują Zamawiającego do odrzucenia tej oferty, ponieważ jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający nie otrzymał kompletnej oferty, która byłaby zgodna z jego minimalnymi wymaganiami co do oferowanych rozwiązań, określonymi w Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, a które to wymagania i poszczególne elementy zostały określone w Kosztorysie przygotowanym w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 4 do Formularza ofertowego).

Z treści oferty nie wynika, iż Wykonawca Budoserwis zaoferował i wycenił udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania. Tym bardziej z treści oferty nie wynika, iż udzielenie tych licencji mieści się w innych pozycjach kosztorysowych, a ich wartość „została rozbita” na kwotę 6.000, 00 zł i 2.000. 00 zł.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2019 r., KIO 2320/19 wskazać należy, że: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SIWZ bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi o takie wymagania SIWZ, które dotyczą sposobu opisu, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy.”

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2019 r. KIO 1929/19 podkreślono zaś, że: „Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiącym, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Rzeczona niezgodność oferty dotyczyć powinna sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ, z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisu i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy”.

W ocenie Odwołującego doszło do negocjacji treści oferty. Wykonawca Budoserwis zmienił treść oferty w zakresie udzielenia licencji na użytkowanie oprogramowania poprzez złożenie oświadczenia, iż skalkulowano wartość tych licencji oraz wchodzi one w zakres oferowanego rozwiązania.

Nie można pominąć faktu, iż Wykonawca Budoserwis pierwotnie wskazał, że nie wycenił licencji z uwagi na błąd w kosztorysie. Oświadczenie takie jest irrelevantne dla sprawy bowiem z treści pkt 8.1 SWZ wynikało wprost, iż wykonawca wypełnia Kosztorys przygotowany w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 4 do Formularza ofertowego), względnie sporządza go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego. Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby Wykonawca wycenił poz. nr 16 Kosztorysu. Ponadto twierdzenie, iż komórka G104 jest zablokowana jest prawdziwe,

ale komórka ta nie służy do wprowadzenia wartości pozycji nr 16 Kosztorysu. Czynność tą można wykonać przez komórkę F104. Zauważania wymaga, iż wszystkie komórki, z wyjątkiem komórek z kolumny F, są zablokowane, zaś próba ich modyfikacji powoduje wyświetlenie komunikatu przedstawionego w wyjaśnieniach Konsorcjum Budoserwis. Komórki w kolumnie F są odblokowane (również w wierszu 104) i nie ma żadnego problemu z ich wypełnianiem. Brak wyceny tej pozycji Wykonawca próbował także wytłumaczyć, iż wartość ta powinna wynosić 0 zł, zaś ostatecznie oświadczył, iż wartość licencji wycenił na 8.000,00 zł. Oświadczenie co do wartości licencji na poziomie 8.000, 00 zł zostało złożone w wyniku kolejnego pisma Zamawiającego wzywającego do określenia ceny za licencję.

Zestawienie powyższego wskazuje, iż Wykonawca Budoserwis prowadził z Zamawiającym negocjacje co do wyceny licencji, twierdząc, iż zastosował i wycenił te licencje. Zaoferowanie licencji i ich wycena na etapie wyjaśnień treści oferty jest działaniem niedozwolonym bowiem prowadzi do zmiany treści oferty.

Zamawiający w sposób nieuprawniony wezwał Wykonawcę na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do podania wysokości wynagrodzenia z tytułu udzielenia licencji na użytkowanie oprogramowania oraz w sposób nieuprawniony zażądał wskazania jaka część wynagrodzenia została ujęta w pozycji na opracowanie dokumentacji technicznej w branży elektrycznej, a jaka w pozycji przeniesienia autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej w branży elektrycznej. Wezwanie z dnia 21 maja 2024 r. nie może być zakwalifikowane jako pismo w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp mające na celu wyjaśnienie treści oferty. Zamawiający zażądał bowiem wskazania wartości licencji, gdyż wartość ta nie wynikała z żadnej części oferty, w tym z pozycji wskazanych przez Konsorcjum Budoserwis w pierwotnych wyjaśnieniach. Żądanie takie przeczy istocie wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Na gruncie Pzp jeśli w toku badania lub oceny ofert treść oferty będzie budziła wątpliwości Zamawiającego, może on wezwać do jej wyjaśnienia. Wątpliwości muszą wynikać z treści oferty a wyjaśnienia muszą się odnosić do oferty, nie zaś nowych elementów, które nie zostały wskazane w jej treści. W przedmiotowym postępowaniu wartość licencji nie wynikała z pierwotnej treści oferty. Oferta po upływie terminu na składanie ofert nie może być zmieniona. Jeśli natomiast dojdzie do takiej zmiany, jak w przedmiotowym postępowaniu, jest to działanie nieuprawnione i niedozwolone. Nieuprawniona zmiana treści oferty obliuguje zatem obowiązek odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp bowiem jest to czynność niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

Ad. zarzut 3 i 4

Powyższe uchybienia stanowią także naruszenie art. 16 ustawy Pzp bowiem Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto zaprosił wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty do aukcji elektronicznej, pomimo, iż oferta Wykonawcy Budoserwis winna podlegać odrzuceniu.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł jak w petitum.

W dniu 10 czerwca 2024 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Demetrix New sp. z o.o. z siedzibą w Piekarach Śląskich wnosząc o uwzględnienie odwołania.

W dniu 10 czerwca 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: konsorcjum: (1) Budoserwis Z.U.H. Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, (2) Fabryka Wentylatorów FAWENT S.A. z siedzibą w Chełmie Śląskim, (3) EL-PLATFORMA Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, zwani dalej „Przystępującym Budoserwis”, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem procesowym z dnia 26 czerwca 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego w dniu 1 lipca 2024 roku Przystępujący Budoserwis złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2024 roku,

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz Zamawiającego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

**Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego odpowiadając na pytanie, czy Zamawiający poprzez ich wykonanie lub zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu, a zatem zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Wykonawcy Konsorcjum Budoserwis, w sytuacji złożenia przez Wykonawcę Budoserwis oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że Zamawiający opracował Kosztorys w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel (załącznik nr 4 do Formularz ofertowego), który każdy wykonawca musiał wypełnić, względnie sporządzić go według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego (pkt 8.1. SWZ).

Zgodnie z pkt. 8.2 SWZ Wykonawca sporządza oferty oraz Kosztorys pod rygorem nieważności, w formie określonej w treści SWZ.

W pkt 13 SWZ Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający zastrzegł:

*13.1. Z zastrzeżeniem punktu 13.2. SWZ wykonawca zobowiązany jest wypełnić Formularz ofertowy, podając cenę netto za wykonanie całego zamówienia, proponowaną stawkę podatku od towarów i usług i cenę brutto za wykonanie całego zamówienia. Ponadto wykonawca zobowiązany jest wypełnić Kosztorys w formie arkusza kalkulacyjnego MS Excel, stanowiący załącznik nr 4 do Formularza ofertowego. Wypełniając kosztorys wykonawca podaje jednostkową cenę netto każdej pozycji Kosztorysu oraz cenę netto każdej pozycji kosztorysu i cenę netto za wykonanie całego zamówienia.*

Z treści powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający wymagał podania ceny jednostkowej dla każdej pozycji Kosztorysu.

W treści Kosztorysu w pozycji nr 16 Zamawiający wymagał podania jednostkowej ceny netto (zł) za udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania.

Przystępujący Budoserwis w treści złożonego Kosztorysu, nie wypełnił pozycji 16, pozostawiając ją pustą, bez żadnej anotacji. Nie wskazał również, że wartość udzielonej licencji została ujęta w innej pozycji Kosztorysu.

Wobec powyższego, nie ulega wątpliwości, że Przystępujący Budoserwis złożył ofertę, która w swej treści była niezgodna z warunkami zamówienia dotyczącymi konieczności podania ceny jednostkowej dla każdej pozycji Kosztorysu.

Przystępujący Budoserwis, nie podał ceny jednostkowej dla pozycji nr 16 Kosztorysu, co należy rozumieć jako brak zaoferowania w treści oferty licencji na użytkowanie oprogramowania z pozycji 16, która była wymaganym elementem oferty. Nie można również uznać, że brak wyceny pozycji 16 jest równoznaczny w wycenie tej pozycji na wartości „0” zł, jak próbował wyjaśniać Przystępujący Budoserwis w korespondencji prowadzonej z Zamawiającym. Takie informacja nie było w ofercie.

Z żadnego miejsca w treści oferty nie wynikało, że Konsorcjum Budoserwis oferuje przedmiotową licencję.

Zamawiający nie otrzymał więc kompletnej oferty, zgodnej z jego minimalnymi wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za zasadny.

Izba za zasadny uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp #x200ew związku z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum Budoserwis, w sytuacji gdy doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty oraz prowadzenia przez Zamawiającego z Wykonawcą Budoserwis negocjacji co do treści oferty, które doprowadziły do zmiany treści oferty Konsorcjum Budoserwis, bezpośrednio związany #x200ez zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Z kolei, stosownie do treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty.

Zamawiający, pismem z dnia 10 maja 2024 r., działając w trybie art. 223 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego Budoserwis „do wyjaśnienia czy niewypełnienie pozycji 16 części II Kosztorysu było działaniem zamierzonym polegającym na rezygnacji z udzielenia licencji na użytkowanie oprogramowania”.

W odpowiedzi na wspomniane wezwanie Przystępujący Budoserwis wyjaśnił, że „nie została wprowadzona cena za udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania poz. 16 części II z powodu braku możliwości edycji komórki G104 w pliku excel (...). Po naciśnięciu komórki konsorcjant nie mógł dodać wartości kwotowej, komunikat informował go o zablokowaniu edycji pozycji „Komórka lub, wykres, który próbujesz zmienić, jest chroniony, a więc tylko do odczytu. Aby zmodyfikować chronioną komórkę lub wykres, najpierw usuń ochronę, używając polecenia Nie chroń arkusz (karta Rezygnacji grupa Zmiany). Może się pojawić monit o hasło”. Kwota za udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania została uwzględniona w pozycjach opracowanie dokumentacji technicznej w branży elektrycznej oraz przeniesienie na zamawiającego autorskich praw majątkowych

do dokumentacji technicznej w branży elektrycznej. Informujemy, że całościowa kwota przedstawiona w złożonej ofercie, obejmuje pełny zakres przedmiotowego postępowania”.

W uzupełnieniu przytoczonych powyżej wyjaśnień Przystępujący Budoserwis, pismem z dnia 15 maja 2024 r. (złożonym samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego), wskazał „doprecyzowując zatem uprzednie wyjaśnienia, wskazujemy że w pozycji pkt II.16 Kosztorysu „Udzielenie licencji” powinna być wskazana kwota 0,00 zł. Wykonawca w celu prawidłowego

i pełnego skalkulowania oferty zgodnie z zakresem określonym przez Zamawiającego przeniósł wynagrodzenie w zakresie licencji do innych pozycji kosztorysowych i przyjął,

że w pozycji II.16 Kosztorysu wobec braku możliwości jego edycji winna zostać wpisana kwota 0,00 zł. Tym samym Kosztorys złożony przez Konsorcjum obejmuje swą wyceną wszystkie pozycje, w tym udzielenie stosownych licencji, a cena netto za wykonanie całego zamówienia pozostaje niezmienną i uwzględnia owe licencje”.

Następnie zamawiający w dniu 21 maja 2024 r. wezwał Przystępującego Budoserwis do podania wysokości wynagrodzenia z tytułu udzielenia licencji na użytkowanie oprogramowania oraz wskazania jaka jego część została uwzględniona w pozycji „Opracowanie dokumentacji technicznej w branży elektrycznej”, a jaka w pozycji „Przeniesienie na zamawiającego autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej w branży elektrycznej”.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca wskazał, że „wysokość wynagrodzenia w pozycji „Udzielenie licencji na użytkowanie oprogramowania” wynosi

8 000,00 PLN. Wartość została rozbita i uwzględniona w pozycjach „Opracowanie dokumentacji technicznej w branży elektrycznej” w kwocie 6 000,00 PLN oraz pozycji „Przeniesienie na zamawiającego autorskich praw majątkowych do dokumentacji technicznej w branży elektrycznej” w kwocie 2 000,00 PLN” (pismo z dnia 23 maja 2024 r.).

W ocenie Izby wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego Budoserwis, do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp było nieuprawnione. Treść oferty Przystępującego Budoserwis nie budziła żadnych wątpliwości

co do braku wypełnienia pozycji 16 Kosztorysu. Okoliczność że pozycja 16 Kosztorysu nie została wypełniona była jasna i przejrzysta, i taki stan faktyczny winien ocenić Zamawiający. Sam Zamawiający nie miał również wątpliwości, że pozycja ta nie została wypełniona (co nie oznacza wartości 0 zł), co wynika z treści wezwania. Natomiast skierowane do wykonawcy pytanie o przyczyny braku wyceny pozycji 16 Kosztorysu, nie stanowi w ocenie Izby wyjaśnienia treści oferty, lecz wyjaśnienie okoliczności towarzyszących sporządzeniu oferty, które nie należą do treści oferty.

Z treści art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że Zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, zatem informacji podanych

w ofercie, stanowiących jej treść, a nie tych, które w treści oferty nie zostały zawarte. Prowadzenie korespondencji z wykonawcą w celu wyjaśnienia tego co nie zostało zawarte

w ofercie nie stanowiąc jej treści, a w konsekwencji wyjaśnień stało się jej treścią, w ocenie Izby jest ingerencją w treść złożonej oferty. Stanowi bowiem działanie niedopuszczalne, wyrażone w art. 223 ust. 1 zdanie drugie, w którym to ustawodawca co do zasady nie dopuścił możliwości negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek ingerencji czy też wprowadzanie zmian w jej treści.

W ocenie Izby, Zamawiający nieprawidłowo postąpił wzywając Przystępującego Budoserwis do składania wyjaśnień dotyczących treści oferty. Skorzystanie z możliwości złożenia przez Przystępującego Budoserwis wyjaśnień dało Zamawiającemu wiedzę jedynie w zakresie przyczyny niewypełnienia pozycji 16 Kosztorysu. W żaden sposób złożone wyjaśnienie nie mogły mieć wpływu na możliwość poprawienia oferty. Z treści oferty nie wynikała bowiem dla Zamawiającego informacja, w jaki sposób mógłby on dokonać poprawienia omyłki zawartej w ofercie. Uzyskane w wyniku wyjaśnień informacje dostarczyły nowych danych, nowych treści nie zawartych w ofercie, co w konsekwencji stanowiło złożenie nowego oświadczenia woli i nowej oferty, co po upływie terminu składania ofert nie jest dozwolone.

Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010)- (którego wykładnia nadal zachowuje swoją aktualność pomimo tego, że zapadł on w poprzednim stanie prawnym) - Artykuł 87 ust. 1 (obecnie 223 ust. 1 ) ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...) W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sadu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie

jej poprawieniem (por. też wyrok Sadu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)".

Wobec powyższego czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu wyjaśnień Przystępującego Budoserwis za prawidłowe, uznaniu, że wykonawca ten zaoferował licencję na użytkowanie oprogramowania w kwocie 8 000 zł, pomimo tego, że taka informacja nie wynikała z treści oferty, stanowi niedozwolone negocjacje dotyczące oferty oraz zmianę jej treści. Po wyjaśnieniach udzielonych przez Przystępującego Budoserwis, treść oferty była już inna niż przed ich udzieleniem w zakresie zaoferowania licencji oraz jej ceny.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za zasadny.

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Przystępującego Budoserwis, co do braku możliwości wyceny licencji w Kosztorysie. Przystępujący wskazywał na brak możliwości edycji komórki G104 w Kosztorysie, która nie służyła wskazaniu ceny jednostkowej dla pozycji 16 Kosztorysu, lecz stanowiła cenę netto ( $F = C \times E$ ) dla ilości i ceny jednostkowej. Komórka G104 została sformatowana przez Zamawiającego w taki sposób, aby po wprowadzeniu ceny jednostkowej za licencję w komórce F104 automatycznie obliczyć wartość ceny netto. Taki mechanizm został przyjęty dla całego Kosztorysu, w którym wykonawcy uzupełniali wyłącznie ceny jednostkowe w kolumnie F. Kolumna G nie była edytowalna. W pozostałych pozycjach w Kosztorysie Przystępujący Budoserwis potrafił jednak prawidłowo podać ceny jednostkowe, wpisując je w komórki z kolumny F, jedynie w pozycji 16 Kosztorysu próbował (odmiennie niż w pozostałej części Kosztorysu) uzupełnić cenę jednostkową, wypełniając niewłaściwą komórkę w kolumnie G. Za takim odmiennym, innym niż dla pozostałych pozycji Kosztorysu sposobem podania ceny jednostkowej dla pozycji 16, nie przemawiał żaden element dokumentacji zamówienia, ani również układ Kosztorysu. Przystępujący Budoserwis nie wyjaśnił również dlaczego akurat cenę jednostkową w pozycji 16 Kosztorysu, postanowił podać inaczej niż w pozostałych pozycjach (tj. poprzez wypełnienie komórki z kolumny G, a nie F).

Cenę jednostkową dla oferowanej licencji należało wpisać w edytowalnej komórce F104, a nie jak twierdzi Przystępujący Budoserwis, w komórce G104. Taką okoliczność potwierdził również podczas rozprawy Zamawiający, Odwołujący oraz Przystępujący Demetrix. Analiza dokumentacji postępowania zamieszczonej na stronie internetowej, na której prowadzone było postępowanie również potwierdziła możliwość edycji komórki F104 w Kosztorysie (załącznik nr 4 do Formularza ofertowego).

Przystępujący Budoserwis nie wykazał natomiast braku możliwości edycji komórki F104, nie odpowiedział na pytanie Izby zadane podczas rozprawy dotyczące braku możliwości edycji komórki F104, odnosząc się wyłącznie do komórki G104, która nie służyła podaniu ceny jednostkowej. Ponadto, żadna ze stron nie kwestionowała braku możliwości edycji komórki G104, w której została zapisana przez Zamawiającego formuła dla komórek D104 i F104. . Ponadto, jeżeli Przystępujący Budoserwis (jak twierdził) miał problemy techniczne z wypełnieniem Kosztorysu, których przed składaniem ofert nie zgłaszał Zamawiającemu, a rzekomo oferował licencję na użytkowanie oprogramowania, to aby złożyć ofertę zgodną z warunkami zamówienia winien skorzystać z rozwiązania wskazanego w pkt 8.1. SWZ i sporządzić taki Kosztorys samodzielnie, według wzoru przedstawionego w załączniku do Formularza ofertowego, a nie pomijać pozycję 16, pozostawiając ją niewypełnioną. Przystępujący Budoserwis z takiego rozwiązania nie skorzystał, zatem złożył ofertę, której treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia, a czynności Zamawiającego stanowiące próbę sanowania tej oferty należy uznać za nieuprawnione.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za zasadny.

W tych okolicznościach Izba za zasadne uznała pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, mające charakter wynikowy wobec naruszeń art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 223 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie art. 232 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Budoserwis, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy Budoserwis podlega odrzuceniu, zaś zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej powinno być skierowane do wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia

2020 r.  
(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodnicząca: .....**