

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 października 2024 r. i 13 marca 2025 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu **19 września 2024 r.** przez wykonawcę: **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą: ul. Wejherowska 5c, 84-208 Dobrzewino** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia** uczestnik po stronie zamawiającego – **INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Chełmnie, ul. Młyńska 7, 86-200 Chełmno** reprezentowany przez komplementariusza: **INFRATECH Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, ul. Zachodnia 3/2, 86-300 Grudziądz**

orzeka:

1. Uwzględnia częściowo odwołanie w zakresie zarzutu nieuwzględnienia w kalkulacji ceny ofertowej wymaganego przepisami prawa współczynnika konwersji co dało błędną stawkę za 1 GJ i błędnie skalkulowaną cenę, czyli naruszenia art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 38 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi w zw. z art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne

i nakazuje Zamawiającemu: **Skarb Państwa - Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia** unieważnienie czynności z 09 września 2024 r. wyboru oferty najkorzystniejszej w Części III i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Części III, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie w Części III oferty **INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Chełmnie, ul. Młyńska 7, 86-200 Chełmno** reprezentowany przez komplementariusza: **INFRATECH Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, ul. Zachodnia 3/2, 86-300 Grudziądz** z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu odwołania.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Komendę Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia i

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000, 00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą: ul. Wejherowska 5c, 84-208 Dobrzewino** tytułem uiszczonego wpisu, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą: ul. Wejherowska 5c, 84-208 Dobrzewino** tytułem **wydatków pełnomocnika Odwołującego**, kwotę **169 zł 00 gr** (słownie: sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem **dojazdu pełnomocnika Odwołującego na I termin rozprawy**, kwotę **169 zł 00 gr** (słownie: sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem **dojazdu pełnomocnika Odwołującego na II termin rozprawy**, kwotę **928 zł 00 gr** (słownie: dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem **noclegu w ramach II terminu rozprawy** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem **wynagrodzenia pełnomocnika**, jak i kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem **wynagrodzenia biegłego**;

3.2. zasądza od Skarbu Państwa - Komendy Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia rzecz Zakładu Innowacyjnego Technik Energetycznych „Promat” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą: ul. Wejherowska 5c, 84-208 Dobrzewino kwotę **19 866 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wydatków pełnomocników Odwołującego, dojazdu na I i II termin rozprawy oraz tytułem noclegu w ramach II terminu rozprawy;

3.3. nakazuje **Skarbowi Państwa - Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia** wpłatę na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia biegłego.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 3431/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, na realizację usługi pn.: „Świadczenie usługi w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła łącznie z grzejnikami w budynkach, w kompleksach wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia znajdujących się na terenie m. Gdyni, Dębogórze, Helu i Gdańska, m.in. część III SOI GDYNIA WITOMINO (Gdynia ul. Strażacka 2-8 kotłownia w budynku nr 10), część IV – Gdynia Pogórze (gm. Kosakowo Dębogórze kotłownia w budynku nr 6, gm. Kosakowo Dębogórze kotłownia w budynku nr 7), część V SOI GDYNIA OKSYWIE (Gdynia ul. Dickmana kotłownia w budynku nr 65), nr postępowania 72/KPW/INFR/202, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.06.2024 r. pod nr OJ S 2024/S 114-351291 prze: Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdyni zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwana dalej: „ustawy” albo „Ustawy PZP” albo „Pzp”.

Dnia 09.09.2024 r. (za pomocą platformy zakupowej SmartPzp: <https://portal.smartpzp.pl/kpwg>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w części III i IV: INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k., ul. Młyńska 7, 86-200 Chełmno zwany dalej: „INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k.” albo „Infratech” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego do odwołania o sygn. akt: KIO 3431/24”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w części III zajęła oferta: Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Sp. z o.o., ul. Wejherowska 5c 84-208 Dobrzewino zwany dalej: „Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 3431/24”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert w części IV zajęła oferta: QB-ENERGIA Sp. z o.o., ul. Dworska 13, 80-514 Gdańsk zwany dalej: „QB-ENERGIA Sp. z o.o.” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego do odwołania o sygn. akt: KIO 3431/24” (w części III).

W dniu 19.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „Promat” Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 09.09.2024 r. w cz. III. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Infratech w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 Ustawy PZP, oraz uznanie iż Infratech złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w terminie lub z uzasadnionym jego przekroczeniem, i zaniechanie odrzucenia oferty Infratech oraz dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo tego, iż powyższe powoduje, że cena oferty Infratech jest rażąco niska;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infratech mimo, iż wykonawca złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny po terminie oraz mimo, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, a zatem Infratech złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji zaniechał dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, co również stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także stanowi naruszenie interesu Odwołującego, innych wykonawców oraz Zamawiającego;
- 4) art. 16 Ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo zaistnienia okoliczności wskutek których oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, również z tego powodu, iż pomimo żądania przez Zamawiającego od Infratech wyjaśnienia oraz udowodnienia, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie wykonał prawidłowej weryfikacji wyjaśnień i dowodów, nie uzyskał wystarczających informacji i dowodów, aby uznać iż cena nie jest rażąco niska, a wręcz uzyskał informacje i dowody wskazujące, iż cena jest rażąco niska, a także przyjął wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Infratech po terminie;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż nie była zgodna z warunkami zamówienia, tj. Wykonawca przeznaczył do realizacji Zamówienia nie dwie osoby na stanowiskach odpowiednio eksploatacja oraz eksploatacja i dozór, lecz jedną osobę do eksploatacji a drugą wyłącznie do dozoru na 1/10 etatu;

6)art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż zawierała ona błąd w obliczeniu ceny, tj. Wykonawca przeznaczył do realizacji Zamówienia nie dwie osoby na stanowiskach odpowiednio eksploatacja oraz eksploatacja i dozór, lecz jedną osobę do eksploatacji a drugą wyłącznie do dozoru na 1/10 etatu, zatem nie przyjął do skalkulowania ceny ofertu całego wymaganego zakresu;

7)art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy oraz PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. oraz art. 16 Ustawy PZP w zw. z § 38 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (t.j. Dz.U. 2021 poz. 280 z późn. zm.) w zw. z art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. 2024 poz. 266 z późn. zm.) poprzez brak odrzucenia oferty Infratech pomimo, iż w kalkulacji ceny ofertowej nie uwzględnił wymaganego przepisami prawa współczynnika konwersji co dało błędną stawkę za 1 GJ i błędnie skalkulowaną cenę. Wskazując na powyższe wnosił o:

1)uwzględnienie odwołania;

2)nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania;

c)odrzucenia oferty Infratech jako zawierającej rażąco niską cenę oraz nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezapewniającej zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3)obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w szczególności kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW

1. Zamawiający - Komenda Portu Wojennego Gdynia wszczął, na podstawie przepisów Ustawy PZP, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej progów unijnych. Infratech i Odwołujący jako jedyni złożyli oferty dla Części III postępowania i zostali wezwani do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający domagał się w szczególności informacji dotyczących kosztów pracy i kalkulacji ceny 1 GJ. Zamawiający w dniu 09.09.2024 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszą ofertę Infratech.

2.Infratech złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, na wezwanie Zamawiającego, lecz z przekroczeniem terminu. Opóźnienie było nieznaczne, lecz Zamawiający wyznaczył 5-dniowy termin na złożenie wyjaśnień, a nie miały one skomplikowanego charakteru.

Powyższe wypełnia przesłankę z art. 224 ust. 6 Ustawy PZP, jako że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. W konsekwencji okoliczność ta uzasadnia zarzut nr 1) - art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP, zarzut nr 2) - art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy PZP i zarzut nr 4) - art. 16 Ustawy PZP.

3.Zamawiający wymagał, aby wykonawcy składający oferty dla Części III Zamówienia, zapewnili do jego realizacji odpowiedniej - **minimalnej** ilości osób do określonych zadań. W załączniku nr 2 do SWZ - projekt umowy [dalej Projekt umowy] wskazano, iż wymaga:

- zapewnienia, przez cały okres realizacji umowy, eksploatacji ITSC przez osoby posiadające niezbędne kwalifikacje i uprawnienia (vide: § 4 ust. 2.1 lit. b) Projektu umowy) - wynika z tego, iż Zamawiający wymagał więcej niż jedną osobę do eksploatacji oraz aby eksploatacja była wykonywana w sposób ciągły;

- zapewnienia co najmniej dwóch różnych osób do pracy na stanowisku (vide: § 4 ust. 2.1 lit. b) z opisem dla części III Projektu umowy - str. 3/4):

o **eksploatacji** oraz o **dozoru i eksploatacji**.

Cytując powyższy fragment Projektu umowy (niżej pokazane wytłuszczenia stanowisk zostały poczynione przez Zamawiającego i są wiernym odzwierciedleniem Projektu umowy):

„Część III

➤ **co najmniej 2 różne osoby**, z których:

-(imię i nazwisko) posiada aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku **eksploatacji** w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 2.pkt. 1,2 i 10 (dotyczy nabycia uprawnienia przed 01 lipca 2022 roku, (Dz.U.2003.89.828) i do Grupy 2.pkt. 2,5 i 21 (dotyczy nabycia uprawnienia po 01 lipca 2022 roku (Dz.U.2022.1392)

-(imię i nazwisko) posiada aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku **dozoru i eksploatacji** w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 2.pkt. 1,2 i 10 (dotyczy nabycia uprawnienia przed 01 lipca 2022 roku, (Dz.U.2003.89.828) i do Grupy 2.pkt. 2,5 i 21 (dotyczy nabycia uprawnienia po 01 lipca 2022 roku (Dz.U.2022.1392)".

O tym jak należało rozumieć ten zapis Projektu umowy, którego intencją było de facto zatrudnienie dwóch osób na pełnych etatach, świadczy dodatkowo choćby to jak zrozumiął to Odwołujący, a także wykonawca QB-EnergiaSp. z o.o. - Wykonawca ten złożył ofertę na część IV, która miała identycznie sformułowany wymóg co do minimalnej ilości zatrudnianych osób, i w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, przyjął dwa pełne etaty.

Infratech natomiast, w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, wskazał iż przeznacza do realizacji Zamówienia jedną osobę na stanowisku eksploatacja (1 etat) i drugą na stanowisku dozoru (1/10 etatu) - vide str. 3/4 wyjaśnień. **Wynika z tego, iż Infratech nie przeznaczył do realizacji Zamówienia drugiej, wymaganej osoby, która miała łączyć realizację zadań na stanowisku eksploatatora w niemal całym swym zakresie (wynika to z faktu, iż dozór zajmuje o wiele mniej czasu - zresztą potwierdza to Infratech wskazując, iż wystarczy do tego celu 1/10 etatu) i stanowisku dozoru w pozostałe części.**

Ta jedna okoliczność, tj. nieprzeznaczenia do realizacji Zamówienia osób w zakresie wymaganym przez Zamawiającego wypełnia trzy niezależne przesłanki do odrzucenia jego ofert oraz uzasadnia poniższe zarzuty:

•**zarzut nr 1)** - art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 2)** - art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 3)** - art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. i **pkt. 4)** - art. 16 Ustawy PZP.

Powyższe uzasadnia fakt, iż w kalkulacji ceny oferty nie uwzględnił wszelkich kosztów pracowniczych, ze wszystkimi ich składowymi, w zakresie 9/10 etatu.

•**zarzut nr 5)** - art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy PZP.

Powyższe uzasadnia fakt, iż warunki zamówienia zawarte w Projekcie Umowy wyraźnie wskazywały na wymóg zatrudnienia dwóch osób, jednej do eksploatacji i drugiej do dozoru i eksploatacji, a Infratech przeznaczył jedna do eksploatacji, lecz drugą wyłącznie do dozoru w wymiarze 1/10 etatu, co jest niezgodne z SWZ.

Zarzut nr 6) - art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP.

Powyższe uzasadnia fakt, iż nieprzyjęcie przez Infratech do kalkulacji ceny ofertowej wymaganej ilości pracowników, uznać należy za błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z poglądem doktryny i judykatury: „Ustalając wystąpienie komentowanej przesłanki odrzucenia oferty, „zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu [o udzielenie zamówienia - dop. aut.], w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno - lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ, i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, nie znajdujących uzasadnienia prawnego lub w wymaganiach zamawiającego”.

4. Infratech błędnie obliczył stawkę 1 GJ albowiem nie uwzględnił w jej kalkulacji **współczynnika konwersji**.

W punkcie „Wyjaśnienie kalkulacji oferty część III. A. Koszt zakupu opał” doszło do błędnego obliczenia ceny za GJ.

Infratech mając ofertę na dostawę gazu od firmy ENEFIT Sp. z o.o. otrzymał w niej zapewnienie ceny gazu na poziomie 235,12 PLN/MWh. Następnie, w swoich obliczeniach w wyżej wymienionym punkcie, w celu otrzymania ceny za GJ wykonał proste przekształcenia jednostek z MWh na GJ, natomiast nie użył stosowanego od 2014 roku współczynnika konwersji, uwzględniającego ciepło spalania gazu ziemnego.

Podstawą do jego stosowania był przepis Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2013 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (Dz.u.2013 poz. 820), a obecnie przepisy zastępującego je Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (t.j. Dz.U. 2021 poz. 280 z późn. zm.), wydanego na podstawie przepisu art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. 2024 poz. 266 z późn. zm.), w szczególności przepis § 38 tego rozporządzenia.

Zgodnie z tym przepisem rozliczeń za pobrane paliwa gazowe lub wykonane usługi związane z ich dostarczaniem dokonuje się na podstawie iloczynu wielkości zużycia tych paliw, ustalonej w jednostkach objętości, oraz współczynnika konwersji, o którym mowa w ust. 2.

Zgodnie z wyżej wymienionymi przepisami, już od 1 sierpnia 2014 r. wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne zobligowane są do rozliczeń z klientami w jednostkach energii. Dzięki temu, klienci zyskują możliwość szybkiego porównywania cen różnych nośników energii podawanych w tych samych jednostkach rozliczeniowych. W przypadku gazu ziemnego klient zapłaci za faktyczną energię zawartą w gazie, a jego cena będzie zależna od kaloryczności dostarczonego gazu. Im większa będzie kaloryczność paliwa, tym mniej gazu zużyjemy i na odwrót. Klienci zatem, zamiast za objętość zapłacić za faktyczną energię zawartą w gazie. Ujednolicenie jednostek rozliczania zużycia energii ma na celu w łatwy sposób porównywać koszty wykorzystywania różnych rodzajów mediów.

Szczegółowo zagadnienie oraz fakt wykorzystywania współczynnika konwersji zawiera się przykładowo w dokumencie Polskiej Spółki Gazownictwa „Pytania i odpowiedzi dotyczące zmiany jednostek rozliczeniowych”:

Aktualny współczynnik konwersji dla obszaru eksploatowanych systemów można sprawdzić na mapie Polskiej Spółki Gazownictwa „Obszary Rozliczeniowe Ciepła Spalania”:

Aktualnie współczynnik konwersji wynosi 11,725 kWh/m³

Biorąc pod uwagę powyższe, Infratech kalkulując cenę oferty i stawkę za 1GJ winien był uwzględnić współczynnik konwersji. Racjonalnym podejściem jest uwzględnienie średniej tego współczynnika z okresu jednego roku, poprzedzającego złożenie oferty, tj. z okresu lipiec 2023 r. - czerwiec 2024 r., która wyniosła 11,646. kWh/m³.

Uwzględniając zatem powyższe dane, tj. przy uwzględnieniu współczynnika konwersji (średnia z okresu lipiec 2023 r. - czerwiec 2024 r. -) cena za GJ powinna wynosić 84,88 zł/GJ, a nie 65,31 zł/GJ jak w przedstawionych wyjaśnieniach Infratech.

Doszło więc do znacznego zaniżenia ceny, która w zakresie kosztów zakupu gazu winna wynosić dla Infratech 1.086.464,00 zł netto zamiast 835.712,00 zł netto, zatem różnica wynosi 250.752,00 zł netto in minus.

Ta jedna okoliczność, tj. nieuwzględnienie w kalkulacji ceny ofertowej współczynnika konwersji wypełnia dwie niezależne przesłanki do odrzucenia jego ofert oraz uzasadnia poniższe zarzuty:

•**zarzut nr 1)** - art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 2)** - art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 3)** - art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. i **pkt. 4)** - art. 16 Ustawy PZP.

Powyższe uzasadnia fakt, iż w kalkulacji ceny oferty Infratech nie uwzględnił kwoty **250.752,00 zł netto**, którą winien był doliczyć zgodnie z powyższą argumentacją.

•**zarzut nr 7)** - art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP w zw. z § 38 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (t.j. Dz.U. 2021 poz. 280 z późn. zm.) w zw. z art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. 2024 poz. 266 z późn. zm.).

Powyższe uzasadnia fakt, iż nieprzyjęcie przez Infratech do kalkulacji ceny ofertowej współczynnika konwersji jako istotnego elementu kosztu/cenotwórczego doprowadziło do błędu w stawce za 1GJ i cenie oferty.

Błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno - lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia. Do popelnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa.

5.Infratech kalkulując koszty pracownicze nie uwzględnił wszystkich jego wymaganych elementów jak świadczenia urlopowe w odpowiedniej wysokości, materiały eksploatacyjne i środki czystości, badania lekarskie, ubrania robocze, woda dla pracowników (wymagane również w SWZ).

Na uwagę zasługuje w szczególności okoliczność, iż Infratech na świadczenia pracownicze przeznaczył na okres trwania umowy, tj. dwa lata kwotę **156.745,00 zł netto**, podczas gdy Odwołujący kwotę **350.336,32 zł netto**. Różnica w tych kosztach wynosi zatem 193.591,32 zł wynika nie tylko z faktu przyjęcia przez Infratech o minimum 9/10 etatu mniej, niezgodnie z SWZ, lecz również w nieprawidłowo przyjętych kosztach na zastępstwo w przypadku urlopów - Infratech przyjął tu kwotę 4.410,57 zł netto na okres 2 lat, podczas gdy zatrudniając tylko jedną osobę do eksploatacji - 1 etat, musi uwzględnić również choroby, inne wynikające z przepisów prawa pracy a także z konieczności płacenia za nadgodziny, skoro będzie tylko jedna osoba a Załącznik nr 3c do SWZ - OPZ przewiduje szereg czynności, jak również np. 3 godzinne czasy reakcji na awarie, które niemożliwym jest obsłużyć jedną osobą.

Dodatkowo, Infratech przyjął wynagrodzenie pracownika w wysokości 4.300 zł netto na etat, co przy wysokich wymogach co kwalifikacji tych osób (vide: § 4 ust. 2.1 lit. b) Projektu Umowy), z doświadczenia Odwołującego jest niemożliwe, a Infratech nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, jak np. umów o pracę.

Okoliczności te uzasadniają poniższe zarzuty:

•**zarzut nr 1)** - art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 2)** - art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 3)** - art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. i **pkt. 4)** - art. 16 Ustawy PZP.

6.Infratech w swojej kalkulacji ceny wyliczając koszt energii elektrycznej, przyjął roczne zapotrzebowanie w wysokości 21.500 kWh i stawkę za 1kWh - 1,50 zł netto. Natomiast Zamawiający, w załączniku nr 3c do SWZ - OPZ wskazał, iż zużycie to szacuje na wartość 23.500 kWh na rok a stawkę za 1kWh - 2,148 zł netto.

Powyższe daje różnicę kwotową kalkulacji Infratech i kalkulacji poczynionej stricte zgodnie z treścią SWZ, w wysokości 36.500 zł (Infratech przyjął kwotę 64.500 netto za czas umowy - 2 lata a kwota wyliczona za ten sam okres zgodnie z SWZ da kwotę 101.000 zł netto), której Zamawiający nie powinien uwzględniać przy badaniu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Ta jedna okoliczność, tj. nieuwzględnienie parametrów z SWZ, wypełnia trzy niezależne przesłanki do odrzucenia jego ofert oraz uzasadnia poniższe zarzuty:

•**zarzut nr 1)** - art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 2)** - art. 226 ust. 1 pkt. 8) Ustawy PZP, **zarzut nr 3)** - art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. i **pkt. 4)** - art. 16 Ustawy PZP.

Powyższe uzasadnia fakt, iż w kalkulacji ceny oferty nie ujęto kwoty 36.500 zł netto.

•**zarzut nr 5)** - art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy PZP.

Powyższe uzasadnia fakt, iż warunki zamówienia wskazywały na parametry jakie należało przyjąć.

•**zarzut nr 6)** - art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP.

Powyższe uzasadnia fakt, iż brak uwzględnienia wskazanych w SWZ danych Infratech posiada błędnie skalkulowaną ceną.

Zamawiający w dniu 19.09.2024 r. wezwał (za pomocą platformy zakupowej SmartPzp: <https://portal.smartpzp.pl/kpwwg>) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.09.2024 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) QB-ENERGIA Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w części III wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: QB-ENERGIA Sp. z o.o.

W dniu 20.09.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w części III wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k.

W dniu 01.10.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania o sygn. akt: KIO 3431/24 do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3431/24 w cz. III.

1) złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przez Infratech po terminie określonym w wezwaniu przez zamawiającego;

Korespondencja w zakresie powyższego została przekazana zamawiającemu w dniu 30.07.2024r. o godz. 10:07, natomiast dodatkowe wyjaśnienie w kwestii przedmiotowego opóźnienia wraz z oświadczeniem administratora sieci teleinformatycznej o awarii routerów brzegowych przekazano o godz. 12:06.

dowód - wydruk z platformy zakupowej korespondencji prowadzonej z Infratech

Bezspornym pozostaje fakt, że zamawiający w wezwaniu z 25.07.2024r. wyznaczył czas do 30.07.2024 r. do godz. 9:00, jednakże kluczową kwestią do oceny jest to, czy spóźnienie w przekazaniu wyjaśnień było okolicznością zależną od Przystępującego, a co najważniejsze czy ich przyjęcie przez zamawiającego do analizy naruszyło zasadę równego traktowania Wykonawców.

W ocenie zamawiającego istniała możliwość poddania ocenie wyjaśnień złożonych po terminie, gdyż uchybienie terminu było nieznaczne (nieco ponad godzinę) i nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Przystępujący uzasadniając zaistniałe opóźnienie i brak jego winy w spowodowaniu tego opóźnienia, wskazał na mającą miejsce awarię techniczną routerów brzegowych i na tą okoliczność przedstawił stosowny dowód. Zamawiający przyjmując wyjaśnienia do merytorycznego rozpatrzenia, mimo opóźnienia, wziął również pod uwagę, że w związku z zaistniałą awarią Przystępujący nie miał możliwości zwrócenia się z formalną prośbą do zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie odpowiedzi.

Stanowisko prezentowane przez Odwołującego jest formalistyczne i nie pozwala na uwzględnienie przez zamawiającego przeszkód po stronie sprzętu. Odwołujący uważa, że sytuację należy traktować zero/jedynkowo. To znaczy, że są złożone wyjaśnienia w terminie wyznaczonym albo po terminie i ocena takiego stanu rzeczy może być jednoznaczna to jest tak albo nie.

Tymczasem KIO w wyroku z 12.11.2019 r., sygn. akt. KIO 2187/19 orzekła, że zamawiający ma prawo uwzględnić opóźnienie i dokonać oceny wyjaśnień złożonych po terminie, w szczególności biorąc pod uwagę, że to on wyznacza termin i nie ma jakichkolwiek prerogatyw terminowych w ustawie Pzp, które określałyby termin sztywno (np. 7 dni lub nie krócej niż). W praktyce zdarzają się sytuacje, że wykonawcy na wyznaczony termin przez zamawiającego reagują wnosząc o jego zmianę i z pewnością nikt nie kwestionuje prawa zamawiającego do zmiany terminu, którego on jest dysponentem. W rozpatrywanym przypadku nastąpiło to w wyjątkowych okolicznościach, niezależnych od Przystępującego, dlatego, w ocenie zamawiającego, nie doszło do swoistego faworyzowania czy stawiania Przystępującego w uprzywilejowanej pozycji względem innych Wykonawców, a tym samym nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Podkreślenia wymaga fakt, że wyjaśnienia Infratech zostały opatrzone

kwalifikowanym podpisem przez Prezesa Zarządu przed upływem terminu na składanie wyjaśnień (w przedziale 8:37 do 8:41), co może przesądzać o tym, że była intencja wysłania ich do godz. 9:00, natomiast nie udało się to z przyczyn obiektywnych.

2) niezgodna z treścią dokumentów zamówienia ilość osób (i wymiar pracy tych osób) planowanych do realizacji zamówienia przez Infratech;

Odwolujący, zarzut niezgodności opiera na zacytowanym w odwołaniu, a zawartym w projekcie umowy wymogu dotyczącym minimalnej ilości osób wymaganych przy realizacji zamówienia. Jednocześnie, Odwołujący dokonuje nadinterpretacji zapisu podkreślając, że dotyczył on konieczności zatrudnienia dwóch osób na pełen etat. Tymczasem, zamawiający żadnym zapisem SWZ nie narzucił powyższego. Wskazał jedynie, że realizacja umowy ma się odbywać przy udziale 2 osób o określonych uprawnieniach, natomiast decyzję o wymiarze zatrudnienia i podziale obowiązków pozostawił

Wykonawcom. Sposób obsługi kotłowni nie wymaga ciągłej obecności 2 pracowników. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje jakie czynności i z jaką częstotliwością muszą być wykonywane. Częstotliwość ta waha się w przedziale od: „raz na 48 h; przez „raz w miesiącu”, „raz na kwartał”, do „raz w roku”.

Odwolujący powyższy zarzut opiera jedynie na swoim rozumieniu wymogów OPZ i usiłuje przekonywać, że taka była intencja zamawiającego. Należy podkreślić, że przed upływem terminu składania ofert żaden z Wykonawców nie próbował wyjaśniać czy uściślać przedmiotowych zapisów w projekcie umowy. Jako dowód Odwołujący przedstawia wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny innego Wykonawcy, jednak nie mogą zostać one wzięte pod uwagę, gdyż dotyczą innej części zamówienia, która obejmuje inne kotłownie, inne systemy grzewcze, które mogą wymuszać zupełnie inny sposób realizacji usługi.

Argumenty podnoszone przez Odwołującego nie są wystarczające do uznania, że Przystępujący popełnił błąd w wycenie oferty.

Podkreślił, że osoba na stanowisku Dozoru i Eksploatacji pełnić ma funkcję głównie nadzorczą oraz doraźnie eksploatacji (jeśli zajdzie taka potrzeba). Dlatego wymóg dotyczący uprawnień dla jednej z osób, które mają być zaangażowane do realizacji zamówienia obejmował funkcję zarówno D i E.

W związku z faktem, że Przystępujący aktualnie realizuje obsługę kotłowni nr 10, zamawiający dysponuje dokumentem potwierdzającym, że p. P.M. (wskazany w wyjaśnieniach przez Przystępującego na stanowisko nadzorcze) posiada uprawnienia zarówno w zakresie dozoru jak i eksploatacji.

dowód — kopia uprawnień p. P.M.

3) nieuwzględnienie w wycenie oferty „współczynnika konwersji”;

W kontrze do treści odwołania, zamawiający dokonał uproszczonej weryfikacji przedstawionej przez Przystępującego ceny za zakup opału biorąc pod uwagę:

- cenę za 1m³ gazu z oferty firmy ENEFIT podaną przez Przystępującego;
- ceny dystrybucyjne, które przyjęto na podstawie przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniu tj. 1,25 zł/m³ brutto;
- średnioroczny współczynnik konwersji gazu - potwierdzony rzeczywistymi wartościami dla obszaru Witomina przez PSG /W tym miejscu pisma stosowna tabela w tym zakresie/.

Średni współczynnik konwersji przyjęto = 11,647 kWh/m³

Stosując tą wartość i wzór ze strony TAURON (dowód w załączeniu)

policzono ciepło spalania dla gazu do produkcji 1 GJ przy tym współczynniku konwersji.

$$= 11,647 \cdot 3,6 / 1000 = 0,0419 \text{ GJ/m}^3$$

Taką wartość m³ energii jest potrzebna do produkcji 1 GJ przy 100% sprawności, a sprawność kotłów zgodnie z OPZ = 93% czyli:

Ilość m³ gazu do produkcji 1 GJ

$$1 : 0,0419 \text{ GJ/m}^3 : 93\% = 25,663 \text{ m}^3 \text{ 1GJ}$$

Cena gazu na 1 m³

$$235,12 \text{ zł/MJ} \cdot 11,647 \text{ kWh/m}^3 : 1000 = 2,738 \text{ zł/m}^3$$

Cena paliwa na 1 m³ gazu

$$2,738 \text{ zł/m}^3 \cdot 25,663 \text{ m}^3 / \text{GJ} = 70,27 \text{ zł/GJ netto}$$

Ubruttowiono tą wartość:

$$70,27 \cdot 1,23 = 86,43 \text{ zł 1GJ brutto}$$

Obliczenie opłat dystrybucyjnych

$$1 \text{ zł brutto/GJ} \cdot 25,663 \text{ m}^3 / \text{GJ} \text{ rzeczywista ilość} = 32,08 \text{ zł 1GJ brutto}$$

Wartość końcowa paliwa brutto na 1 GJ:

$$86,43 + 32,08 = 118,51 \text{ zł 1GJ brutto}$$

Wartość z oferty Przystępującego 119,04 zł/GJ brutto nie odbiega od uproszczonych wyliczeń zamawiającego, wobec powyższego należy ją uznać za właściwą.

dowód — wydruk ze strony Tauron Polska Energia „Przeliczanie jednostek paliwa gazowego”

Ponadto, zamawiający pragnie podkreślić, że w treści odwołania (na str. 8) Odwołujący twierdzi, że na poparcie swoich racji przedstawi opinię biegłego (oznacza to jako Dowód nr 14), jednakże zamawiający w załącznikach do odwołania przedmiotowego dokumentu nie odnalazł.

4) nieuwzględnienie w wycenie oferty kosztów pracowniczych tj. świadczeń urlopowych w odpowiedniej wysokości, materiałów eksploatacyjnych, środków czystości, badań lekarskich, ubrań roboczych, wody dla pracowników;

W tym miejscu należy podkreślić, że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie oczekiwał szczegółowego wyliczenia powyższych elementów.

Treścią wezwania, Wykonawca zobligowany został do:

> potwierdzenia:

1) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

> zawarcia w wyjaśnieniach

3) kalkulacji ceny IGJ, wskazującą koszty i opłaty, zgodnie z wyszczególnieniem zawartym w kalkulacji ceny ofertowej,

4) dowodów potwierdzających koszty zakupu paliwa opałowego, jako kluczowego elementu kształtującego cenę 1 GJ.

Orzecznictwo KIO w chwili obecnej zmierza w taką stronę, że Wykonawca składając wyjaśnienia ma się dostosować do treści wezwania wygenerowanego przez zamawiającego. Wobec czego, brak jednoznacznego ujawnienia niektórych elementów składających się na wycenę nie może stanowić podstawy do uznania wyjaśnień za nierzetelne i niewiarygodne, a tym bardziej nie można uznać, że potwierdzają fakt, że oferta ma charakter rażąco niskiej.

przyjęcie do wyceny zbyt małego zapotrzebowania na energię elektryczną. Odwołujący zarzuca Przystępującemu przyjęcie do wyliczeń zbyt małego zapotrzebowania w energię elektryczną. Jednak należy podkreślić, że zamawiający określił ten element w części III OPZ („koszty ponoszone przez eksploatatora w ciągu roku”) szacunkowo, czyli wskazał wartość około”. W tym miejscu wskazany fragment tabeli/

Wobec powyższego Przystępujący, z racji posiadanego doświadczenia (aktualnie serwisuje kotłownię) przyjął wartość zbliżoną, co w ocenie zamawiającego nie powoduje niezgodności z warunkami zamówienia. Przyjął na siebie ryzyko w przypadku, gdy wartość będzie większa. W ocenie zamawiającego nie można z tego tytułu wywodzić zarzutu rażąco niskiej ceny, tym bardziej, że wartość ta ma marginalne znaczenie dla wyceny całej oferty.

W dniu 01.10.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania o sygn. akt: KIO 3431/24 do Prezesa KIO wniósł na piśmie, tj. zgłosił opozycję przeciwko przystąpieniu po stronie Odwołującego QB-ENERGIA Sp. z o.o cz. III. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego dotyczącego części III zamówienia, w której to części nie złożył oferty. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W niniejszej sprawie należy zacząć od tego, że w części, w której Przystępujący nie złożył oferty, nie jest on w ogóle wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Przystępujący nie złożył bowiem oferty w tej części, nie ubiega się w niej o zamówienie i nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przystępujący jest wprawdzie wykonawcą, który oferuje na rynku usługi będące przedmiotem zamówienia, ale ta część definicji "wykonawcy" w kontekście ustalenia interesu we wniesieniu odwołania odnosi się do sytuacji, w której odwołanie dotyczy np. ogłoszenia o zamówienie lub treści dokumentów zamówienia (swz) albo niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia (np. trybu z wolnej ręki). Nie jest natomiast wykonawcą podmiot, który w danym postępowaniu lub jego części, nie złożył w ogóle oferty, a odwołanie dotyczy czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty. Przystępującemu nie przysługuje przymiot "wykonawcy" we wszystkich częściach, a jedynie w tych w których złożył ofertę. Podział zamówienia na części polega na tym, że w wyniku zamieszczenia jednego ogłoszenia o zamówieniu (w trybach konkurencyjnych) zamawiający prowadzi w istocie dwa lub więcej postępowań częściowych, z których każde toczy się niezależnie od siebie: mogą obowiązywać w nich inne warunki udziału w postępowaniu, inne wymagania przedmiotowe zamawiającego, oferty mogą składać różni wykonawcy, postępowania te mogą kończyć się w innym czasie, przy czym jedne mogą kończyć się wyborem oferty najkorzystniejszej, inne - unieważnieniem postępowania. W konsekwencji również to, który podmiot ma status "wykonawcy" ustala się w każdej części postępowania osobno. Z przyczyn wskazanych wyżej, Przystępujący nie jest "wykonawcą" w częściach, w których nie złożył oferty. Z tych samych przyczyn Przystępujący nie jest także "innym podmiotem", o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. "Inny podmiot" może mieć bowiem interes we wniesieniu odwołania wtedy, gdy dotyczy ono np. wskazanych już wyżej postanowień ogłoszenia o zamówienie lub treści dokumentów zamówienia (swz) albo niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia (np. trybu z wolnej ręki). W przypadku natomiast kwestionowania czynności zamawiającego dokonywanych po otwarciu ofert, dotyczących

zwłaszcza badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, podmiot wnoszący odwołanie musi mieć status wykonawcy (lub uczestnika konkursu), aby mieć interes we wniesieniu odwołania.

Niezależnie od statusu Przystępującego w częściach, w których nie złożył on odwołania, przede wszystkim należy stwierdzić, że w częściach tych Przystępujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia i nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Skoro bowiem nie złożył ofert w ww. częściach, to ewentualne uwzględnienie odwołania przez Izbę, nie spowoduje, że będzie mógł uzyskać w nich zamówienia i że poniesie jakąkolwiek szkodę w wyniku nieuzyskania tych zamówień (wyrok KIO z 30.09.2021 r., sygn. akt: KIO 2644/21).

Ponadto, Przystępujący uzasadnił posiadanie swojego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia, na korzyść Odwołującego, w następujący sposób: „W przypadku uznania odwołania w zakresie części III zgodnie z przedstawionym zarzutem będzie to skutkowało również odrzuceniem oferty Infratech w części IV, gdzie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny również zostały złożone po wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Odrzucenie odwołania firmy Transbud (w zakresie części IV) oraz odrzucenie oferty firmy Infratech spowoduje, że oferta Przystępującego stanie się najkorzystniejsza i z tego wynika interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego”.

Przystępujący uzasadnił zatem posiadanie przez Siebie legitymacji w przystąpieniu do przedmiotowego postępowania odwoławczego możliwością wyboru oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie innej części postępowania aniżeli część, w której zgłoszone zostało przystąpienie (tj. części IV postępowania — Gdynia Pogórze gm. Kosakowo Dębogórze kotłownia w budynku nr 6, gm. Kosakowo Dębogórze kotłownia w budynku nr 7), oraz pod warunkiem braku uwzględnienia przez Izbę odwołania wniesionego w zakresie powyższej części przez innego Wykonawcę (tj. Piotra Nowaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „TRANSBUD KRUSZYWA” Piotr Nowak, ul. Nowowiejskiego 18, 84-240 Reda), którego oferta w ramach części IV postępowania oceniona została wyżej aniżeli oferta złożona w przedmiotowej części przez Przystępującego. Odnosząc się do powyższego, zaznaczenia wymaga, że wskazany powyżej interes Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, ma charakter niebezpośredni oraz hipotetyczny. Uzyskanie nawet pozytywnego rozstrzygnięcia tj. rozstrzygnięcia uwzględniającego odwołanie Odwołującego złożone w odniesieniu do cz. III postępowania wcale nie warunkuje uzyskania przez Przystępującego zamówienia w ramach części IV postępowania, bo to — jak sam przyznał Przystępujący — uzależnione jest od oddalenia odwołania wniesionego przez Wykonawcę: Piotra Nowaka. W przypadku natomiast oddalenia powyższego odwołania, nadal wiążąca pozostanie decyzja Zamawiającego podjęta w ramach części IV postępowania w zakresie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę: INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, czego nie zmienia uzyskanie satysfakcjonującego dla Przystępującego rozstrzygnięcia w ramach odwołania wniesionego przez Odwołującego w zakresie części III postępowania, polegającego na uwzględnieniu odwołania. Szczególnego podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Przystępujący miał możliwość skorzystania z środka ochrony prawnej w odniesieniu do decyzji Zamawiającego podjętej na gruncie części IV postępowania poprzez złożenie odwołania od czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. jako najkorzystniejszej w ramach części IV postępowania, przy jednoczesnym braku odrzucenia tejże oferty jako — wedle Przystępującego — zawierającej rażąco niską cenę, wobec braku skutecznego (terminowego) złożenia przez INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący nie skorzystał z powyższej możliwości i nie skierował odwołania w odniesieniu do powyższej czynności i zaniechania Zamawiającego. Skoro natomiast — jak zresztą wskazał sam Przystępujący — upatruje on posiadanie przez Siebie interesu prawnego, uzależniając go także od oddalenia odwołania wniesionego przez Wykonawcę: Piotra Nowaka, na gruncie części IV postępowania, to zgodnie z przyjętą argumentacją Przystępujący powinien wystąpić z analogicznym środkiem procesowym także na gruncie powyższego postępowania odwoławczego poprzez zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez Wykonawcę: Piotra Nowaka, po stronie Zamawiającego. Przystępujący także i tego, nie uczynił, co poddaje w uzasadnioną wątpliwość posiadanie przez niego interesu w zgłoszeniu przystąpienia na gruncie postępowania o sygn. akt: KIO 3431/24. Wskazać zatem należy, że interes Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, ma zatem charakter wysoce hipotetyczny i pośredni, co w pełni uzasadnia skierowanie przez zamawiającego opozycji w trybie art. 526 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 04.10.2024 r. (e-mailem) INFRATECH Sp. z o.o. Sp.k. złożyła pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 3431/24 w cz. III.

Nieprawdziwość twierdzeń Odwołującego w zakresie rzekomego złożenia przez Przystępującego wyjaśnień niespełniających wymagań określonych w art. 224 P.z.p.

Zamawiający w dniu 25.07.2024 r. (dalej: Wezwanie RNC) wezwał do Przystępującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Wyjaśnienia miały przede wszystkim: „potwierdzać: 1) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 ze zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu,

w którym realizowane jest zamówienie; zawierać: 3) kalkulację ceny 1GJ, wskazującą koszty i opłaty, zgodnie z wyszczególnieniem zawartym w kalkulacji ceny ofertowej, 4) dowody potwierdzające koszty zakupu paliwa opałowego, jako kluczowego elementu kształtującego cenę 1 GJ”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący złożył szczegółowe i obszernie wyjaśnienia („INFORMACJA WYKONAWCY” datowana na dzień 23.07.2024 r. faktycznie złożona Zamawiającemu w dniu 30.07.2024 r. – dalej: Wyjaśnienia RNC).

Przystępujący złożył Wyjaśnienia RNC, w których zawarł wszystkie dane i informacje wymagane przez Zamawiającego, a określone w Wezwaniu RNC. W ramach Wyjaśnień RNC Przystępujący wyszczególnił wszystkie elementy składające się na cenę złożonej w Postępowaniu, oferty, przedstawiając szczegółowe wyjaśnienia w zakresie: A.kosztu zakupu opału (paliwa gazowego), obejmujące kalkulację ceny 1 GJ energii; B.kosztu zużytych mediów komunalnych (woda i ścieki, energia elektryczna); C.kosztu wynagrodzenia pracowników; D.opłat za korzystanie ze środowiska; E.innych kosztów i parametrów cenotwórczych mających uzasadniony wpływ na koszty produkcji ciepła (podatek od nieruchomości, koszt zakupu paliwa związanego z dojazdem pracowników, zysk Przystępującego).

Złożone przez Przystępującego, Wyjaśnienia RNC, poparte zostały odpowiednimi dowodami, obejmującymi w szczególności ofertę pośrednika sprzedaży paliwa gazowego – spółki ENEFIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, obejmującą aktualną cenę sprzedaży gazu ziemnego (tj. 235,12 zł MW/h), faktury VAT wystawiane w zakresie dostarczania mediów komunalnych. Dowód: – Wezwanie RNC (załącznik do odwołania); – Wyjaśnienia RNC (załącznik do odwołania).

Złożone przez Przystępującego Wyjaśnienia RNC odpowiadały zatem w pełni zakresowi wyjaśnień, o których udzielenie zwrócił się Zamawiający do Przystępującego. Zamawiający jasno sprecyzował zakres wyjaśnień, których wymagał od Przystępującego.

Odwolujący zarzucił, że złożone przez Przystępującego Wyjaśnienia RNC nie spełniały wymagań określonych w art. 224 P.z.p. („zarzucam Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Infratech w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 Ustawy PZP” zarzut nr 1 odwołania). Odwołujący nie wskazał przy tym, jakich konkretnie – zdaniem Odwołującego – wymagań określonych w art. 224 P.z.p. nie spełniły Wyjaśnienia RNC złożone przez Przystępującego. Nie jest rolą Przystępującego, ani tym bardziej – Krajowej Izby Odwoławczej, domniemywanie powyższego.

Nie jest przy tym prawidłowe uzależnianie prawidłowości wyjaśnień udzielanych w zakresie tzw. rażąco niskiej ceny, od zawarcia w powyższych wyjaśnieniach wszystkich elementów wyszczególnionych w art. 224 ust. 3 P.z.p., już tylko z uwagi na okoliczność, stosownie do której sam ustawodawca wskazał jednoznacznie, że zakres powyższych informacji ma charakter wyliczenia przykładowego. Podkreślenia przy tym wymaga, że o zakresie udzielanych wyjaśnień decyduje Zamawiający, który jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedynie właściwy do oznaczenia zakresu wyjaśnień i informacji, które budzą jego uzasadnione wątpliwości. Dlatego też składane w powyższym zakresie wyjaśnienia wykonawcy stanowią w istocie odpowiedź na wezwanie zamawiającego, korespondując z treścią przedmiotowego wezwania.

„Przyjmuje się bowiem, że treść wystosowanego wezwania determinuje zakres i kształt odpowiedzi udzielonej przez wykonawcę. W sytuacji zatem, gdy tylko to jest możliwe, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych powinno mieć formę konkretnych zagadnień (pytań), które budzą wątpliwości zamawiającego i które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez zamawiającego, które zostają przedstawione wykonawcy, powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien oczekiwać od wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną” (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 224).

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, wskazania wymaga, że Zamawiający jasno określić, jakich wyjaśnień oczekiwał od Przystępującego. Wyjaśnienia powyższe miały przede wszystkim dotyczyć kalkulacji ceny 1 GJ, co było związane z tym, że kryterium ceny – zgodnie z Rozdziałem XVIII. („Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) – było jedynym kryterium oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający w pierwszej kolejności był zatem zainteresowany sposobem dokonania przez Przystępującego kalkulacji ceny oferty Przystępującego, której podstawowym elementem składowym była właśnie cena 1 GJ. Przystępujący udzielił Wyjaśnień RNC w pełni korespondujących z zakresem Wezwania RNC.

Dlatego też stwierdzić należy, że twierdzenia podnoszone w powyższym zakresie w Odwołaniu mają charakter całkowicie chybiony.

Nieprawdziwość twierzeń Odwołującego w zakresie rzekomego złożenia przez Przystępującego wyjaśnień z przekroczeniem terminu określonego przez Zamawiającego

Zamawiający wystosował Wezwanie RNC w dniu 25.07.2024 r. W treści Wezwania RNC Zamawiający wyznaczył Przystępującemu termin na złożenie wyjaśnień, określając go na dzień 30.07.2024 r., do godz. 09:00. Przystępujący przedłożył Wyjaśnienia RNC za pomocą Portalu SmartPzp (<https://portal.smartpzp.pl/kpwg>) w dniu 30.07.2024 r., o godz. 10:07. Dowód: – wydruk informacji z Portalu SmartPzp (korespondencja oferty Przystępującego) – załącznik do Odpowiedzi na odwołanie.

W tej też dacie – tj. 30.07.2024 r., o godz.: 12:06, Przystępujący wraz z dokumentem Wyjaśnień RNC, przekazał Zamawiającemu pismo („INFORMACJA WYKONAWCY” z 30.07.2024 r.), w którym wskazał w sposób szczegółowy na przyczyny przedłożenia Wyjaśnień RNC z minimalnym opóźnieniem (wynoszącym około dwóch godzin).

Okoliczności powyższe zostały przyznane przez Zamawiającego na gruncie „ODPOWIEDZI NA ODWOŁANIE” z 01.10.2024 r. (dalej: Odpowiedź na odwołanie), gdzie wskazano, że „Korespondencja w zakresie powyższego zarzutu została przekazana zamawiającemu w dniu 30.07.2024 r. o godz. 10:07, natomiast dodatkowe wyjaśnienie w kwestii przedmiotowego opóźnienia wraz z oświadczeniem administratora sieci teleinformatycznej o awarii routerów brzegowych przekazano o godz. 12:06” (str. 3-4 Odpowiedzi na odwołanie).

W treści powyższego pisma Przystępujący wskazał, że opóźnienie w przedłożeniu Wyjaśnień RNC wynikało z przyczyn niezależnych od Przystępującego – polegających na „braku dostępu do sieci Internet w dniu dzisiejszym (tj. w dniu 30.07.2024 r. – przyp. aut.) w godz. 8:45 – 10:00 wskutek awarii, która nastąpiła w systemie teleinformatycznym, którą potwierdza załączone do niniejszego pisma zaświadczenie administratora usług internetowych”. Do powyższego pisma, Przystępujący załączył oświadczenie administratora sieci teleinformatycznej obsługującego Przystępującego, Pana P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „VANCOM” P.B., ul. Gen. Józefa Hallera 3 lok. 21, 86-100 Świecie, zgodniz którym „w dniu 30.07.2024 r. doszło do czasowej awarii routerów brzegowych co skutkowało brakiem dostępu do sieci – Internet. Awarię udało się usunąć dopiero ok. godz. 10tej. Do tego czasu firma (tj. Przystępujący – przyp. aut.) nie miała możliwości korzystania z poczty internetowej i serwisów WWW”.

W treści powyższego pisma, Przystępujący wskazał także, że „wszystkie dokumenty przekazywane w zakresie wyjaśnień ceny oferty Wykonawcy, opatrzone zostały przeze mnie (jako piastuna organu komplementariusza Wykonawcy) kwalifikowanym podpisem elektronicznym we właściwym terminie (tj. przed godz. 9:00), jednak zważywszy na opisywaną powyżej przerwę w dostępie do Internetu nie było możliwe ich złożenie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

I tak wskazania wymaga, że poszczególne dokumenty składane przez Wykonawcę w zakresie wyjaśnień ceny oferty zostały opatrzone podpisem elektronicznym w następującym czasie:

- dokument zat.: «Debogorze» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:37;
- dokument zat.: «Sad Oil» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:37;
- dokument zat.: «opł środowiskowe» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:38;
- dokument zat.: «pismo infratech do KWP szczegółowa kalkulacja oferty-podpis» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:38;
- dokument zat.: «zał nr 1» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:39;
- dokument zat.: «Witomino» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:39;
- dokument zat.: «zał nr 2» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:40;
- dokument zat.: «zał nr 3» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:40; •dokument zat.: «zał nr 4» podpisany został w dniu 30.07.2024 r., godz. 8:41”.

Dowód: – „INFORMACJA WYKONAWCY” z 30.07.2024 r. (Załącznik do odwołania); – oświadczenie P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „VANCOM” P.B. z 30.07.2024 r. – w załączeniu.

Zwrócił uwagę, że nieznaczne uchybienie przez Przystępującego terminowi do złożenia Wyjaśnień RNC nastąpiło z przyczyn niezależnych od Przystępującego, mających charakter obiektywny – polegających na czasowym braku dostępu Przystępującego do serwisów oraz poczty internetowej – w czasie, w którym upływał termin do złożenia Wyjaśnień RNC (tj. w godzinach porannych w dniu 30.07.2024 r.). Przystępujący wskazał na powyższe okoliczności Zamawiającemu, który przyjął powyższe wyjaśnienia, a w konsekwencji – uznał za dopuszczalne Wyjaśnienia RNC.

Zwrócił uwagę na okoliczność, stosownie do której wszystkie dokumenty składające się na Wyjaśnienia RNC (obejmujące zarówno pismo zasadnicze, jak też i wszystkie doń załączniki) opatrzone zostały kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi złożonymi przez Pana K.E. (Prezesa Zarządu komplementariusza Przystępującego – tj. spółki INFRATECH sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu) w czasie właściwym – tj. w czasie sprzed godziny wyznaczonej przez Zamawiającego na złożenie przedmiotowych wyjaśnień, tj. godziny 09:00. Dotyczy to w szczególności pisma zasadniczego zat.: „INFORMACJA WYKONAWCY”, a datowanego na dzień 23.07.2024 r., które opatrzone zostało kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 30.07.2024 r. o godz. 08:38.

Przyjął, że wszystkie dokumenty złożone przez Przystępującego, a składające się na Wyjaśnienia RNC, zostały sporządzone w czasie właściwym (tj. sprzed godz. 09:00 dnia 30.07.2024 r.). W tym bowiem czasie złożone zostało oświadczenie woli przez Pana K.E., obejmujące zatwierdzenie treści Wyjaśnień RNC oraz wszystkich doń załączników. Od tej pory złożone przez Przystępującego oświadczenie – jako jednostronna czynność prawna – miała zgodnie z art. 81 § 2 pkt 3 K.c. datę pewną skuteczną względem osób nieuczestniczących w jej dokonaniu.

Odwołujący na gruncie odwołania całkowicie pominął powyższe okoliczności. Przyznał jednakowoż, że „opóźnienie było nieznaczące” (str. 5 odwołania). Nie jest przy tym prawdą, jak wskazuje Odwołujący, że Wyjaśnienia RNC „nie miały skomplikowanego charakteru” (str. 5 odwołania). Z uwagi na zakres czynności oraz dokumentów, których zgromadzenia wymagało złożenie Wyjaśnień RNC, nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego o rzekomym ich nieskomplikowaniu. Okoliczność powyższa jest przy tym bez znaczenia z punktu widzenia okoliczności, które doprowadziły do uchybienia przez Przystępującego terminowi do złożenia Wyjaśnień RNC. Zwrócić należy uwagę, że nie skomplikowanie Wyjaśnień RNC, a okoliczności niezależne obejmujące czasowy brak dostępu Przystępującego do Internetu, legły u podstaw przedłożenia Wyjaśnień RNC z nieznacznym opóźnieniem, które nie może być traktowane w kategoriach zwłoki Przystępującego.

Na gruncie niniejszej sprawy nie jest możliwe uznanie, że Zamawiający przyjmując Wyjaśnienia RNC naruszył wskazywane przez Odwołującego, przepisy P.z.p. Żaden z przepisów P.z.p. nie obliguje bowiem zamawiającego do odrzucenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawcę z uchybieniem terminu. Przepis art. 226 ust. 6 P.z.p. sankcjonuje bowiem całkowitą bierność wykonawcy w złożeniu przedmiotowych wyjaśnień, obligując zamawiającego do odrzucenia – jako zawierającej rażąco niską cenę – oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, przez co należy rozumieć sytuację, w której wykonawca pozostawał całkowicie bierny w zadośćuczynieniu wezwaniu zamawiającego. Taka sytuacja nie miała miejsca na gruncie przedmiotowej sprawy, w której opóźnienie Przystępującego nie dotyczyło stricte sporządzenia Wyjaśnień RNC (które – co zostało wyżej wykazane) powstały w określonym przez Zamawiającego, terminie, lecz obejmowało jedynie opóźnienie w przekazaniu Zamawiającego sporządzonych we właściwym czasie, Wyjaśnień RNC, które to opóźnienie nastąpiło z przyczyn całkowicie niezależnych, niezawinionych przez Przystępującego i nie dotyczących jego osoby.

Z całą pewnością, działanie Zamawiającego polegające na przyjęciu wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie przyczyn opóźnienia w przekazaniu Wyjaśnień RNC, było zgodne z podstawowymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takimi jak zasady proporcjonalności oraz równego traktowania Wykonawców (art. 16 P.z.p.). Odrzucenie oferty Przystępującego – w oparciu o przepis art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 P.z.p. – stanowiłoby w realiach niniejszej sprawy działanie nadmiernie restrykcyjne oraz nieuprawnione.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. „W przekonaniu Izby – powyższy przepis dopuszczający możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli Zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska” (wyrok KIO z 25.11.2021 r., sygn. akt: KIO 3231/21).

Zgodzić się należy z argumentacją Zamawiającego, który wskazał prawidłowo na gruncie Odpowiedzi na odwołanie, że kluczowe z punktu widzenia oceny prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na uwzględnieniu Wyjaśnień RNC było to, czy uchybienie przez Przystępującego określonej terminowi do złożenia Wyjaśnień RNC nastąpiło z przyczyn zależnych od Przystępującego oraz to, czy skutek takiego wydłużenia terminu do złożenia Wyjaśnień RNC naruszona została zasada równego traktowania Wykonawców (art. 16 P.z.p.) W tym zakresie Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący wykazał, że opóźnienie w przedłożeniu Wyjaśnień RNC nastąpiło z przyczyn niezależnych od Przystępującego, przy czym opóźnienie to było nieznaczące, zaś przyjęcie Wyjaśnień RNC nie stanowiło w takim układzie wyrazu faworyzowania Przystępującego względem pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zgodzić się należy, że „W ocenie zamawiającego istniała możliwość poddania ocenie wyjaśnień złożonych po terminie, gdyż uchybienie terminu było nieznaczące (nieco ponad godzinę) i nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Przystępujący uzasadniając zaistniałe opóźnienie i brak jego winy w spowodowaniu tego opóźnienia, wskazał na mającą miejsce awarię techniczną routerów brzegowych i na tą okoliczność przedstawił stosowny dowód” (str. 4 Odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający słusznie zwrócił uwagę na okoliczność, stosownie do której Przystępujący nie miał możliwości zwrócenia się z formalną prośbą do zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie odpowiedzi, gdyż jak wynika z oświadczenia załączonego do pisma stanowiącego wyjaśnienie uchybienia w złożeniu Wyjaśnień RNC, awaria routerów brzegowych, która spowodowała brak dostępu do sieci Internet (a tym samym – brak możliwości korzystania z poczty elektronicznej) – trwała do ok. godz. 10. Przystępujący złożył Wyjaśnienia RNC o godz. 10:07 – a zatem niezwłocznie po ustaniu przyczyny uchybienia terminowi do złożenia Wyjaśnień RNC. Zgodzić się zatem należy z poglądem Zamawiającego, że odrzucenie w tych warunkach oferty Przystępującego stanowiłoby w powyższych warunkach wyraz nadmiernego formalizmu.

Zgodził ze stanowiskiem Zamawiającego, zgodnie z którym zamawiający ma prawo uwzględnić opóźnienie i dokonać oceny wyjaśnień złożonych po terminie, w szczególności biorąc pod uwagę, że to on wyznacza termin i nie ma

jakichkolwiek prerogatyw terminowych w P.z.p., które określałyby termin sztywno (np. 7 dni lub nie krócej niż). Słusznie bowiem na gruncie wyroku KIO z 12.11.2019 r. (sygn. akt: KIO 2187/19) wskazano, że zamawiający jest dysponentem terminu wyznaczonego na złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, i to on jest jedynie własny do modyfikowania tego terminu, w szczególności biorąc pod uwagę nadzwyczajne okoliczności dotyczące wykonawcy, które uniemożliwiają złożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie. W takiej właśnie nadzwyczajnej sytuacji znalazł się Przystępujący.

Dlatego też na gruncie niniejszej sprawy nie sposób przyjąć, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu – jako zawierająca rażąco niską cenę – z uwagi na niezłożenie przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w określonym przez Zamawiającego terminie.

Nieprawdziwość twierdzeń Odwołującego w zakresie rzekomego zaniżenia przez Przystępującego ceny oferty Przystępującego

Odwołujący opiera zarzut istnienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny oferty Przystępującego na czterech okolicznościach:

A. uwzględnienia przez Przystępującego kosztów wynagrodzenia za pracę w zaniżonej wysokości wskutek przeznaczenia przez Przystępującego osoby posiadającej uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do odpowiedniej grupy w wymiarze 1/10 etatu, podczas gdy – zdaniem Odwołującego – wymagał, aby skierowana w powyższym zakresie osoba była zatrudniona w wymiarze pełnego etatu;

B. błędnym obliczeniu stawki za 1 GJ energii wskutek nieuwzględnienia w jej kalkulacji współczynnika konwersji;

C. braku uwzględnienia przez Przystępującego w kalkulacji ceny oferty szeregu kosztów pracowniczych (świadczeń urlopowych w odpowiedniej wysokości, materiałów eksploatacyjnych, środków czystości, badań lekarskich, ubrań roboczych, wody dla pracowników);

D. przyjęcia do wyceny oferty zbyt małego zapotrzebowania na energię elektryczną.

Ad. A.

Jak to zostanie wykazane w cz. III. uzasadnienia niniejszego pisma – Zamawiający wprowadzając w § 4 ust. 2 pkt. 1 Załącznika nr 2 do SWZ („Projekt Umowy” – dalej: Projekt umowy), wymaganie przeznaczenia do realizacji przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy, osób posiadających niezbędne kwalifikacje i uprawnienia, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej w sprawie szczegółowych zasad stwierdzenia posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci, tj. wprowadzając wymaganie, aby Wykonawca na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia – w zakresie części III.

Postępowania – przeznaczyć co najmniej dwie osoby, z których:

A. jedna posiada aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do odpowiedniej grupy,

B. druga posiada aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do odpowiedniej grupy, nie określił w jakim wymiarze czasu pracy miały być zatrudnione powyższe osoby.

Dlatego też Przystępujący w powyższym zakresie, posiadając niespełna dziesięcioletnie doświadczenie w świadczeniu usługi w zakresie eksploatacji systemów ciepłych od źródła ciepła łącznie z grzejnikami w budynkach, w kompleksach wojskowych administrowanych przez Komendę Portu Wojennego Gdynia (m.in. w kotłowni w budynku nr 10 na ul. Strażackiej 2-8 w Gdyni, która była objęta zakresem części III. postępowania) założył, że do realizacji zamówienia objętego częścią III. postępowania – w zakresie dozoru i eksploatacji – wystarczające będzie przeznaczenie do realizacji powyższych czynności pracownika w wymiarze odpowiadającym 1/10 etatu, mając pewność, że taki właśnie wymiar etatu wystarczy do zapewnienia dozoru nad prawidłowym funkcjonowaniem kotłowni.

Dlatego też nie jest prawdą – jak twierdzi Odwołujący – że Przystępujący przeznaczając do realizacji zamówienia w zakresie części III. postępowania, osobę posiadającą kwalifikacje w zakresie dozoru i eksploatacji w ramach 1/10 etatu, zaniżył w ten sposób cenę swojej oferty. Przystępujący nie miał bowiem obowiązku wskazania do realizacji przedmiotowej części postępowania osoby zatrudnionej w wymiarze pełnego etatu, zatem nie można uznać, że w powyższym zakresie cena oferty Przystępującego, została zaniżona.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucił także nierealność wynagrodzenia pracowników wskazanych przez Przystępującego na potrzeby realizacji części III. postępowania, wskazując, że „Dodatkowo, Infratech przyjął wynagrodzenie pracownika w wysokości 4.300 zł netto na etat, co przy wysokich wymogach co kwalifikacji tych osób (vide: § 4 ust. 2.1. lit. b) Projektu Umowy), z doświadczenia Odwołującego jest niemożliwe, a Infratech nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, jak np. umów o pracę” (str. 10 odwołania). Powyższe stwierdzenie jest nieprawidłowe, a przy tym niezgodne z prawdą. Zwrócić bowiem należy uwagę, że twierdzenie powyższe jest prawidłowe tylko w odniesieniu do wynagrodzenia osoby wskazanej przez Przystępującego w zakresie eksploatacji (która – zatrudniona na pełen etat – miała otrzymywać wynagrodzenie w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, które obecnie wynosi 4.300,00 zł i zostało określone na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14.09.2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. z 2023 r., poz.

1893)). W Wyjaśnieniach RNC Przystępujący wskazał bowiem jednoznacznie, że osoba, która miała wykonywać czynności w zakresie dozoru i eksploatacji, w wymiarze 1/10 etatu, miała otrzymywać wynagrodzenie w wysokości 950,00 zł miesięcznie, co stanowi kwotę dwukrotnie wyższą od wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego w wymiarze 1/10 etatu, które wynosi 430,00 zł). Przystępujący wskazuje i podkreśla, że osoba przeznaczona do realizacji czynności w zakresie dozoru i eksploatacji (tj. Pan P.M.) jest obecnie zatrudniony przez Przystępującego na umowie o pracę w wymiarze pełnego etatu, z wynagrodzeniem na poziomie ok. 9.500,00 zł brutto. Przystępujący przyjął – w oparciu o posiadane przez siebie długoletnie doświadczenie w obsłudze kotłowni położonej w budynku przy ul. Strażackiej 2-8 w Gdyni – że wystarczającym dla zapewnienia prawidłowego dozoru nad funkcjonowaniem powyższej kotłowni, będzie wyłącznie 1/10 etatu powyższego pracownika.

To natomiast, jakie stawki wynagrodzenia za pracę stosuje Przystępujący, stanowi indywidualną kwestię Przystępującego. Z uwagi na to, że stosowane przez Przystępującego stawki wynagrodzenia za pracę pozostają w pełni zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, Odwołujący nie może czynić powyższych stawek wynagrodzenia przedmiotem skutecznego zarzutu.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie braku przedstawienia dowodów w postaci chociażby umów o pracę, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie wzywał Przystępującego do przedstawienia powyższych umów. Gdyby tak było – Przystępujący z całą pewnością przedstawiłby powyższe umowy.

Niemniej jednak, z ostrożności, celem odparcia postawionego w powyższym zakresie, zarzutu, Przystępujący przedkłada odpowiednie dowody. Dowód: – Aneks do umowy o pracę z 28.06.2024 r., zawartej z pracownikiem przeznaczonym przez Przystępującego do wykonywania czynności w zakresie eksploatacji (Pana.Z.); – Aneks do umowy o pracę z 01.06.2008 r., zawartej z pracownikiem przeznaczonym przez Przystępującego do wykonywania czynności w zakresie dozoru i eksploatacji (Pana.P.); – paski wynagrodzeń pracownika przeznaczonego przez Przystępującego do wykonywania czynności w zakresie dozoru i eksploatacji (Pana P.M.) za miesiące kwiecień i czerwiec 2024 r.

Ad. B.

Do zarzutu zaniżenia ceny wskutek rzekomego nieuwzględnienia przez Przystępującego współczynnika konwersji, Przystępujący odniesie się szczegółowo w części IV. uzasadnienia niniejszego pisma.

Ad. C.

Odwołujący wskazał na gruncie odwołania, że „Infratech kalkulując koszty pracownicze nie uwzględnił wszystkich jego wymaganych elementów, jak świadczenia urlopowe w odpowiedniej wysokości, materiały eksploatacyjne i środki czystości, badania lekarskie, ubrania robocze, woda dla pracowników (wymagane również w SWZ)” (str. 9 odwołania).

Odwołujący nie wskazał przy tym, w jakim konkretnie zakresie SWZ wymagała uwzględnienia powyższych elementów w kalkulacji oferty. Nie jest przy tym rolą Zamawiającego, Przystępującego, ani tym bardziej – Izby, domniemywanie powyższego.

Odnosząc się do powyższego, zgodzić się należy z Zamawiającym, że nie wymagał On w Wezwaniu RNC przedstawienia szczegółowych wyliczeń w zakresie powyższych elementów („W tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie oczekiwał szczegółowego wyliczenia powyższych elementów” (str. 8 Odpowiedzi na odwołanie). Przystępujący nie miał tym samym obowiązku przedstawiania szczegółowego wyliczenia w zakresie powyższych elementów kosztotwórczych.

Nie sposób przyjąć, że Przystępujący miał obowiązek uwzględnienia powyższych elementów w Wyjaśnieniach RNC. Koszty, na które powołuje się Odwołujący, są standardowymi kosztami ponoszonymi przez podmiot zatrudniający pracowników, jakim jest Przystępujący. Do obowiązków Przystępującego – jako pracodawcy – należy zapewnienie pracownikom świadczeń urlopowych, materiałów eksploatacyjnych, środków czystości, pokrycia kosztów badań lekarskich, ubrań roboczych, zakupu wody etc. Są to koszty, które Przystępujący standardowo ponosi w zakresie funkcjonowania swojego zakładu pracy. Nie są one ponoszone w związku z realizacją postępowania, lecz stanowią ogólne koszty podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Zostały one uwzględnione w kalkulacji ceny oferty Przystępującego, niemniej jednak Przystępujący – nie będąc wyraźnie do tego zobowiązany przez Zamawiającego – nie uwzględnił ich w sposób szczegółowy w Wyjaśnieniach RNC. Potwierdza to treść Wyjaśnień RNC, w których Przystępujący wskazał, że w sposób szczegółowy przeanalizował kwestię wynagrodzeń pracowniczych (wskazując m.in. na koszty Przystępującego w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne pracowników obciążających pracodawcę – 1.055,00 zł miesięcznie/ brutto, koszty zastępstwa pracownika obsługi na czas urlopu – 5.425,000 zł brutto za okres 2 lat), co w pełni uprawniało Zamawiającego do uznania Wyjaśnień RNC jako prawidłowych i kompletnych. Zarzuty Odwołującego o nieuwzględnienie takich czynników jako np. koszt zastępstwa pracownika w przypadku jego nieobecności w pracy, nie są prawidłowe. Nie sposób bowiem z wyprzedzeniem przewidzieć wszystkich okoliczności, które mogą wygenerować dla Wykonawcy koszty w ramach realizacji umowy. Przystępujący zwraca uwagę, że pracownik oddelegowany do realizacji obowiązków w zakresie dozoru i eksploatacji, Pan P.M., jest pracownikiem w tzw. ochronie przedemerytalnej, co wpływa m.in. na minimalizację okresu, w którym Przystępujący musi wypłacać temu pracownikowi wynagrodzenie chorobowe, zgodnie z art. 92 K.p.

Ad. D.

Odnosząc się z kolei do zarzutu przyjęcia przez Przystępującego zbyt małego zapotrzebowania na energię

elektryczną, zgodzić się należy z Zamawiającym, że określone w części III. („Koszty ponoszone przez eksploatatora w ciągu roku”) Załącznika nr 3c do SWZ – część III. (Wykaz systemów ciepłych oraz budynków), roczne zapotrzebowanie na energię elektryczną zostało określone przez Zamawiającego w sposób szacunkowy („około 50.500,00 zł, 23.500,00 kWh”).

Przystępujący – co wymaga podkreślenia – nieprzerwanie od stycznia 2015 r., świadczy usługę eksploatacji systemu ciepłego w kotłowni w budynku nr 10. Wskazany przez Przystępującego w Wyjaśnieniach RNC poziom rocznego zapotrzebowania w energię elektryczną (tj. 21.500 kWh), określony został w oparciu o faktyczne zużycie prądu w okresie ostatnich 12 miesięcy przed złożeniem oferty – tj. w okresie od czerwca 2023 r. do maja 2024 r. Powyższe obrazowało zestawienie załączone do Wyjaśnień RNC (plik o nazwie „Witomino”).

Wykonawca przyjął powyższą wartość w oparciu o rzeczywiste zapotrzebowanie w energię elektryczną na przestrzeni ostatnich 12 miesięcy przed datą złożenia oferty. Działanie takie spotkało się z aprobatą Zamawiającego, który stwierdził, że „Wobec powyższego Przystępujący, z racji posiadanego doświadczenia (aktualnie serwisuje kotłownię) przyjął wartość zbliżoną, co w ocenie zamawiającego nie powoduje niezgodności z warunkami zamówienia. Przyjął na siebie ryzyko w przypadku, gdy wartość będzie większa. W ocenie zamawiającego nie można z tego tytułu wywodzić zarzutu rażąco niskiej ceny, tym bardziej, że wartość ta ma marginalne znaczenie dla wyceny całej oferty” (str. 9 Odpowiedzi na odwołanie).

Różnica pomiędzy wartością zapotrzebowania na energię elektryczną przyjętą przez Przystępującego, a wartością szacunkową przyjętą przez Zamawiającego, wynikała przy tym z innych okresów przyjętych dla porównania. Zamawiający określił koszty energii elektrycznej za okres do stycznia do grudnia 2023 r., podczas gdy Przystępujący w powyższym zakresie uwzględnił okres ostatnich 12 miesięcy – czyli okres od czerwca 2023 r. do maja 2024 r. Istotnym elementem jest fakt, iż to nie Zamawiający, lecz inny podmiot (tj. Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni- dalej: RZl w Gdyni) refakturuje Wykonawców z tytułu m.in. zużycia energii elektrycznej. RZl w Gdyni w 2023 r. ogłosił przetarg na dostawę energii elektrycznej w związku z wygaśnięciem dotychczasowej umowy. Rozstrzygnięcie powyższego postępowania przedłużyło się, w związku z czym w okresie pomiędzy wygaśnięciem dotychczasowej umowy, a zawarciem nowej umowy na dostawę energii elektrycznej, RZl w Gdyni obowiązane było do stosowania stawek rynkowych, które są stawkami wyższymi aniżeli te, które wynikały z dotychczasowych umów dystrybucyjnych. To uzasadniało przyczyny wzrostu cen energii elektrycznej na początku roku 2023. Dlatego też Przystępujący – celem odzwierciedlenia rzeczywistych kosztów dostarczania energii elektrycznej – przyjął w swoich wyliczeniach cenę energii elektrycznej za ostatnie 12 miesięcy przed złożeniem oferty. O wyjaśnienie powyższych kwestii Przystępujący zwrócił się do RZl w Gdyni. Pismo powyższe – wysłane do RZl w Gdyni w dniu 06.04.2023 r., stanowi załącznik do niniejszego pisma. Dowód: – pismo Przystępującego do RZl w Gdyni z 06.04.2023 r. – w załączeniu. Dlatego też nie sposób przyjąć, jakoby Przystępujący przyjął zaniżoną wartość zapotrzebowania na energię elektryczną, na potrzeby skalkulowania oferty w postępowaniu.

Bezzasadność zarzutów dotyczących konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia (zarzut nr 5 odwołania)

1) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak odrzucenia oferty Przystępującego, która zdaniem Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia. Zarzucana przez Odwołującego niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia dotyczyła dwóch kwestii:

A. wskazania przez Przystępującego pracownika przeznaczonego do wykonywania czynności w zakresie dozoru i eksploatacji, w wymiarze 1/10 etatu, podczas gdy Zamawiający – zdaniem Odwołującego – wymagał, aby osoba ta przeznaczona była do realizacji powyższych czynności w wymiarze pełnego etatu;

B. wskazania przez Przystępującego pracownika przeznaczonego do wykonywania czynności wyłącznie w zakresie dozoru, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby pracownik powyższy wykonywał czynności w zakresie dozoru i eksploatacji.

Ad. A. 2) Podkreślenia wymaga, że Zamawiający sformułował wymagania w zakresie minimalnej liczby osób wymaganych przy realizacji zamówienia. Powyższe wymaganie sformułowane zostało w Projekcie umowy (str. 2-4) w następujący sposób: „Wykonawca zobowiązuje się w szczególności do:

2.1 w zakresie eksploatacji i dozoru

a) eksploatacja urządzeń technicznych zainstalowanych w kotłowniach zgodnie z rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 17 grudnia 2021 r. w sprawie warunków technicznych dozoru technicznego dla niektórych urządzeń ciśnieniowych podlegających dozorowi technicznemu (Dz. U. 2022, poz. 68 z późn. zm.),

b) zapewnienia, przez cały okres realizacji umowy, eksploatacji ITSC - przez osoby posiadające niezbędne kwalifikacje i uprawnienia, zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej w sprawie szczegółowych zasad stwierdzenia posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci:

- dla osób które nabyły uprawnienia przed 01 lipca 2022 roku, (Dz.U.2003.89.828)

- dla osób które nabyły uprawnienia po 01 lipca 2022 roku, (Dz.U.2022.1392) (Wykonawca na każde żądanie

zamawiającego w trybie natychmiastowym przedłoży kopie uprawnień dla tych osób - oryginały do wglądu):

(...) Część III

➤ co najmniej 2 różne osoby, z których:

- (imię i nazwisko) posiada aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 2.pkt. 1,2 i 10 (dotyczy nabycia uprawnienia przed 01 lipca 2022 roku, (Dz.U.2003.89.828) i do Grupy 2.pkt. 2,5 i 21 (dotyczy nabycia uprawnienia po 01 lipca 2022 roku (Dz.U.2022.1392)

- (imię i nazwisko) posiada aktualne uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 2.pkt. 1,2 i 10 (dotyczy nabycia uprawnienia przed 01 lipca 2022 roku, (Dz.U.2003.89.828) i do Grupy 2.pkt. 2,5 i 21 (dotyczy nabycia uprawnienia po 01 lipca 2022 roku (Dz.U.2022.1392)".

Brzmienie Projektu umowy było w powyższym zakresie jednoznaczne. Zamawiający wymagał przeznaczenia do realizacji zamówienia co najmniej dwóch różnych osób, z których jedna miała posiadać uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi i konserwacji urządzeń, instalacji i sieci należących do odpowiedniej grupy, zaś druga osoba miała posiadać uprawnienia do wykonywania pracy na stanowisku dozoru i eksploatacji w analogicznym zakresie.

Zamawiający na gruncie SWZ, ani tym bardziej – Projektu umowy, nie wskazał, w jakim wymiarze mieli być zatrudnieni pracownicy przeznaczeni przez Wykonawców do realizacji powyższych czynności w zakresie eksploatacji oraz dozoru i eksploatacji, pozostawiając decyzję w tym zakresie do swobodnego uznania Wykonawców. Powyższe potwierdza stanowisko Zamawiającego, który w Odpowiedzi na odwołanie wskazał jednoznacznie, że „Tymczasem, zamawiający żadnym zapisem SWZ nie narzucił powyższego. Wskazał jedynie, że realizacja umowy ma się odbywać przy udziale 2 osób o określonych uprawnieniach, natomiast decyzję o wymiarze zatrudnienia i podziale obowiązków pozostawił Wykonawcom” (str. 5 Odpowiedzi na odwołanie).

Podnoszone przez Odwołującego twierdzenia, jakoby Zamawiający wymagał w powyższym zakresie zatrudnienia dwóch osób na pełnych etatach („O tym, jak należało rozumieć ten zapis Projektu umowy, którego intencją było de facto zatrudnienie dwóch osób na pełnych etatach (...)” str. 6 odwołania) uznać należy jako oczywistą nadinterpretację Odwołującego, co nie powinno zasługiwać na aprobatę.

Jak słusznie wskazał Zamawiający, żaden z Wykonawców biorących udział w postępowaniu nie zwrócił się w odpowiednim trybie o udzielenie wyjaśnień przedmiotowych postanowień Projektu umowy. Skoro Odwołujący miał w powyższym zakresie wątpliwości, winien je rozwiązać poprzez uzyskanie wykładni autentycznej u Zamawiającego. Pozwoliłoby to na uniknięcie sytuacji, w której Odwołujący złożył ofertę, na gruncie której przyjął nieprawidłowe założenie, że wymagane jest wskazanie dwóch osób przeznaczonych do wykonywania czynności w zakresie eksploatacji oraz dozoru i eksploatacji, zatrudnionych w wymiarze pełnego etatu.

Zgodzić się także należy z Zamawiającym, że o prawidłowości wykładni postanowień Projektu umowy przyjętej przez Odwołującego, nie świadczy w żaden sposób wgląd na okoliczność, że analogiczna wykładnia zastosowana została przez innego Wykonawcę (w tym wypadku – QB- ENERGIA Sp. z o.o.). Zwrócić bowiem należy uwagę, że Wykonawca QB-ENERGIA Sp. z o.o. nie złożył oferty w ramach części III. postępowania (bowiem w tym zakresie oferty zostały złożone wyłącznie przez Odwołującego oraz Przystępującego). Nie jest zatem prawidłowe przekładanie działania powyższego Wykonawcy, zastosowanego na gruncie wyjaśnień złożonych w ramach innej części postępowania, na co prawidłowo wskazał Zamawiający („Odwołujący powyższy zarzut opiera jedynie na swoim rozumieniu wymogów OPZ i usiłuje przekonywać, że taka była intencja zamawiającego (...). Jako dowód Odwołujący przedstawia wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny innego Wykonawcy, jednak nie mogą zostać one wzięte pod uwagę, gdyż dotyczą innej części zamówienia, która obejmuje inne kotłownie, inne systemy grzewcze, które mogą wymuszać zupełnie inny sposób realizacji usługi” (str. 5 Odpowiedzi na odwołanie).

Zwrócił uwagę, że Zamawiający – jako gospodarz postępowania – określił jasno wymagania, których spełnienia oczekiwał od Wykonawców. Brzmienie Projektu umowy jednoznacznie wskazywało na to, że Zamawiający wprowadził wymóg, aby realizacja umowy odbywała się przy udziale dwóch osób o określonych uprawnieniach. Tym bardziej – jak słusznie wskazuje Zamawiający – „Sposób obsługi kotłowni nie wymaga ciągłej obecności 2 pracowników. Opis przedmiotu zamówienia wskazuje jakie czynności i z jaką częstotliwością muszą być wykonywane. Częstotliwość ta waha się w przedziale od: «raz na 48h»; przez «raz w miesiącu», «raz na kwartał», do «raz do roku»” (str. 5 Odpowiedzi na odwołanie).

Zwrócił uwagę na okoliczność, stosownie do której „(...) opis sposobu oceny spełnienia warunku należy interpretować literalnie, przy czym dopuszczalne jest - jeśli okaże się to konieczne - uwzględnienie wskazówek interpretacyjnych wynikających z tego, że taki opis powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Jednakże, jeśli opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nieprecyzyjny lub niejasny, to nie powinno to rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców. W takim przypadku warunek należy interpretować na korzyść wykonawcy, który w dobrej wierze podjął się wykazania jego spełnienia” (vide: wyrok KIO z 18.05.2018 r., KIO 845/18);

Ad. B. 10) Odwołujący zarzucił także w Odwołaniu, że Przystępujący nieprawidłowo przeznaczył do realizacji zamówienia jedną osobę mającą uprawnienia w zakresie eksploatacji oraz drugą osobę mającą uprawnienia wyłącznie w zakresie dozoru, w sytuacji w której Zamawiający w Projekcie umowy wprowadził wymaganie, aby jedna osoba realizująca zamówienie posiadała uprawnienie w zakresie eksploatacji, natomiast druga – w zakresie dozoru i eksploatacji („Infratech natomiast, w swoich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, wskazał iż przeznacza do realizacji Zamówienia jedną osobę na stanowisku eksploatacja (1 etat) i drugą na stanowisku dozoru (1/10 etatu) – vide str. 3/4 wyjaśnień. Wynika z tego, iż Infratech nie przeznaczył do realizacji Zamówienia drugiej, wymaganej osoby, która miała łączyć realizację zadań na stanowisku eksploatatora w niemal całym swym zakresie (wynika to z faktu, iż dozór zajmuje o wiele mniej czasu – zresztą potwierdza to Infratech wskazując, iż wystarczy do tego celu 1/10 etatu) i stanowisku dozoru w pozostałe części” (str. 6 odwołania)).

Przystępujący potwierdził, że w Wyjaśnieniach RNC wskazał, że „W naszej ofercie przyjęliśmy 1 etat na obsługę i konserwację jako niezbędny do utrzymania i zapewnienia prawidłowego funkcjonowania 20 letniego systemu ciepłego oraz 1/10 etatu na nadzór, ponieważ pracownik nadzoru nie musi być obecny cały czas na obiekcie” (str. 4 Wyjaśnień RNC). Czynności w zakresie wskazanego wyżej nadzoru miał pełnić Pan P.M. w wymiarze 1/10 etatu („Szczegółowa kalkulacja ceny: (...) 2. 1/10 etatu – nadzór – Pan P.M. – 950 zł/miesięcznie brutto” (str. 4 Wyjaśnień RNC).

Sformułowanie powyższe dotyczące przeznaczenia przez Przystępującego pracownika w wymiarze 1/10 etatu na wykonywania obowiązków w zakresie dozoru, stanowiło jedynie skrót myślowy. Dla podmiotów profesjonalnych, a takimi niewątpliwie są zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, oczywistym jest bowiem to, że uprawnienia w zakresie dozoru są uprawnieniami wyższego rzędu w stosunku do uprawnień dotyczących eksploatacji. Dlatego też oczywistym dla Przystępującego pozostawało to, że wskazanie przezeń, że przeznacza On pracownika do wykonywania czynności w zakresie nadzoru, mieściło w sobie także wykonywanie obowiązków w zakresie eksploatacji.

Przystępujący potwierdził, że wskazany przezeń pracownik mający pełnić obowiązki w zakresie nadzoru – Pan P.M. – posiada odpowiednie uprawnienia w zakresie dozoru i eksploatacji. Nie sposób zatem uznać, że Przystępujący naruszył w powyższym zakresie wymagania Zamawiającego, określone w Projekcie umowy.

Przystępujący wskazał ponadto, że wszystkie osoby zatrudnione przez Przystępującego, posiadające uprawnienia dozоровe, posiadają także uprawnienia eksploatacyjne: /W tym miejscu tabeli tych osób i ich uprawnień/ Dowód: – Dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień dozоровych i eksploatacyjnych przez pracowników Przystępującego: Adama Emmerta, P.M. oraz Grzegorza Kanię – w załączeniu.

Przystępujący raz jeszcze podkreślił, że realizuje obowiązki w zakresie eksploatacji systemów ciepłych w kotłowni w budynku nr 10 położonej w Gdyni przy ul. Strażackiej 2-8, nieprzerwanie od 2015 r. Przystępującego oraz Zamawiającego łączyły następujące umowy: /W tym miejscu lista umów i terminów realizacji/

W tym czasie obowiązki w zakresie dozoru i eksploatacji w odniesieniu do kotłowni w budynku nr 10 pełnił Pan P.M.. Zamawiający miał świadomość powyższego, ponieważ każdorazowo przekazywane Mu były kopie uprawnień posiadanych przez Pana P.M. – w tym te aktualne, tj.: świadectwo kwalifikacyjne E uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji nr E/116/456/9/2021 z 02.07.2021 r., ważne do dnia 02.07.2026 r., oraz świadectwo kwalifikacyjne D uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru nr D/116/456/9/2021 z 02.07.2021 r., ważne do dnia 02.07.2026 r.

Zamawiający dysponował także protokołami odbioru wykonania usługi w zakresie eksploatacji systemu ciepłego za poszczególne miesiące obowiązywania umów łączących Zamawiającego i Przystępującego w zakresie eksploatacji systemu ciepłego kotłowni w budynku nr 10, które każdorazowo z ramienia Przystępującego podpisywane były przez Pana P.M.. Dowód: – Protokoły odbioru wykonania usługi w zakresie eksploatacji systemu ciepłego w kompleksie 4108 do umowy nr 625/INFR/2022 z 26.09.2022 r. – w załączeniu.

Zamawiający miał zatem pełną świadomość, że wskazany przez Przystępującego pracownik przeznaczony do wykonywania obowiązków w zakresie nadzoru – tj. Pan P.M., posiadał odpowiednie uprawnienia w zakresie zarówno dozoru, jak też i eksploatacji. Dlatego też Zamawiający przyjął Wyjaśnienia RNC.

Zamawiający wskazał w Odpowiedzi na odwołanie, że „W związku z faktem, że Przystępujący aktualnie realizuje obsługę kotłowni nr 10, zamawiający dysponuje dokumentem potwierdzającym, że p. P.M. (wskazany w wyjaśnieniach przez Przystępującego na stanowisko nadzorcze) posiada uprawnienia zarówno w zakresie dozoru jak i eksploatacji” (str. 6 Odpowiedzi na odwołanie). Te uprawnienia przedłożył jako załącznik do Odpowiedzi na odwołanie. Podsumowując, stwierdził, że oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, co świadczy o nieprawidłowości zarzutu nr 5 odwołania.

Bezzasadność zarzutów dotyczących konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny (zarzut nr 6 i 7 odwołania)

1) Odwołujący na gruncie odwołania wskazał, że oferta Przystępującego zawierała błąd w obliczeniu ceny. Cena oferty Przystępującego – wedle Odwołującego:

A. nie uwzględnia kosztów wynagrodzenia pracowników w zakresie 9/10 etatu przyjętej przez Przystępującego do realizacji czynności w zakresie dozoru i eksploatacji, a także nie uwzględnia pozostałych kosztów pracowniczych

(świadczenia urlopowe w odpowiedniej wysokości, materiały eksploatacyjne, środki czystości, badania lekarskie, ubrania robocze, woda dla pracowników);

B. nie uwzględnia w jej kalkulacji współczynnika konwersji.

Ad. A. Do powyższego zagadnienia Przystępujący odniósł się szczegółowo w części poświęconej zarzutowi rażąco niskiej ceny, stąd też nie ma potrzeby powielania sformułowanej tamże, argumentacji.

Ad. B. 2) Nie jest także prawdą, że Przystępujący dokonując kalkulacji ceny oferty, nie uwzględnił wymaganego przez przepisy prawa, współczynnika konwersji („Infratech błędnie obliczył stawkę 1 GJ albowiem nie uwzględnił w jej kalkulacji współczynnika konwersji” (str. 7 odwołania).

Odnosząc się do powyższego, wskazania wymaga, że zarzut powyższy jest całkowicie nietrafiony. Przystępujący uwzględnił powyższy współczynnik konwersji na etapie dokonywania kalkulacji ceny złożonej przez Siebie, oferty. Wskazania bowiem wymaga, że wskazywany powyżej, współczynnik konwersji, stanowi to samo co ciepło spalania, które zostało ujęte przez Przystępującego w Wyjaśnieniach RNC – tyle, że wyrażone w innej jednostce. Obrazuje to wzór wynikający z dokumentu załączonego przez Zamawiającego do Odpowiedzi na odwołanie (Załącznik nr 3 – wydruk ze strony internetowej TAURON Polska Energia – „Przeliczanie jednostek paliwa gazowego”):

Do wyliczenia współczynnika konwersji niezbędne jest uwzględnienie dwóch wartości:

A. wartości ciepła spalania gazu ziemnego (wyrażonej w MJ/m³);

B. stałego przelicznika równego 3,6 – który pozwala na zamianę jednostek (z MJ/m³ na kWh/m³, w której wyrażany jest współczynnik konwersji).

Ciepło spalania jest zatem tym samym co współczynnik konwersji, z tym, że obydwie wartości mogą być wyrażone w innych jednostkach. Dostawcy gazu współczynnik konwersji podają w kWh/m³, a wartość ciepła spalania podawana jest w MJ/m³. Poza tym – są to te same wartości. Aby ujednolicić powyższe jednostki należy zamienić MJ/m³ na kWh/m³ przy pomocy następującego wskaźnika: 1 kWh = 3,6 MJ. Nie jest prawdą, że Przystępujący nie uwzględnił powyższego współczynnika konwersji w dokonywanej przez Siebie, kalkulacji ceny. W części A („Koszt zakupu opału”) Wyjaśnień RNC w zakresie dotyczącym części III. postępowania Przystępujący wskazał na wartość opałową gazu ziemnego równą 37,3 [MJ/m³] („Wartość opałowa gazu ziemnego: 37,3 MJ/m³” str. 2 Wyjaśnień RNC).

Podkreślenia przy tym wymaga, że wskazana przez Przystępującego w Wyjaśnieniach RNC „wartość opałowa gazu ziemnego” jest tak naprawdę tym samym ciepło spalania gazu ziemnego, z uwzględnieniem ilości ciepła w parze wodnej. Wyjaśnienie kwestii dotyczących rozumienia pojęć wartości opałowej gazu ziemnego oraz ciepła spalania, obrazuje poniższe wyjaśnienia, przy czym podkreślenia wymaga, że wartość opałowa (czyli ciepło spalania pogorszone o ilość energii powstałej na skutek kondensacji pary wodnej i spalin) zawsze jest niższa od ciepła spalania. Na gruncie Wyjaśnień RNC Odwołujący zastosował zatem pogorszony współczynnik, co z kolei przełożyło się teoretycznie na większość ilość gazu potrzebną do produkcji 1 GJ energii.

Dowód: – wyjaśnienie „Czym są ciepło spalania i wartość opałowa” – w załączeniu; – wyjaśnienie „Sprawność kotłów kondensacyjnych 109%? Dlaczego?” – w załączeniu.

Pojęcie „wartości opałowej” rozumianej jako ilość ciepła powstającego na skutek zupełnego i całkowitego spalania danego paliwa, ale nie uwzględniającego ciepła powstającego wskutek kondensacji pary wodnej oraz spalin, jest bliskoznaczne pojęciu ciepła spalania, którego definicja podana w przywoływanym wyżej dokumencie zat.: „Przeliczanie jednostek paliwa gazowego” została sformułowana w następujący sposób: „Ciepło spalania to wartość kaloryczna paliwa gazowego”. Przejście z jednostki, w której wyrażono ciepło spalania, na jednostkę, w której wyrażany jest współczynnik konwersji (przejście z jednostek MJ/m³ na kWh/m³, czyli zastosowanie współczynnika 3,6) nastąpiło na późniejszym etapie Wyjaśnień RNC („Mając ilość m³ gazu potrzebną do produkcji 1 GJ energii cieplnej wyliczyliśmy cenę 1 m³ z oferty firmy ENEFIT Sp. z o.o. Wykorzystaliśmy do tego wzór: 1. 1 MWh = 3,6 GJ i z przekształcenia 1 GJ = 1 MWh : 3,6”).

Powyższe potwierdza niepodważalnie, że Przystępujący spełnił warunek w zakresie konieczności uwzględnienia współczynnika konwersji, przyjmując składowe wzoru jakimi są: ciepło spalania i współczynnik 3,6 służący do zmiany jednostek.

Przystępujący uwzględnił powyższy współczynnik w taki sposób, że zamiast zastosować współczynnik konwersji wskazywany m.in. przez Odwołującego, Przystępujący przyjął w obliczeniach dane na podstawie których ten współczynnik się wylicza.

Zwrócił uwagę, że rzekomy brak uwzględnienia przez Przystępującego współczynnika konwersji, i tak pozostaje bez wpływu z punktu widzenia Zamawiającego. Jak wskazał bowiem sam Odwołujący – „Zgodnie z wyżej wymienionymi przepisami (tj. przepisami rozporządzenia Ministra Energii w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi – przyp. aut.), już od 01.08.2014 r. wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne zobligowane są do rozliczeń z klientami w jednostkach energii. Dzięki temu, klienci zyskują możliwość szybkiego porównywania cen różnych nośników energii podawanych w tych samych jednostkach rozliczeniowych. W przypadku gazu ziemnego klient zapłaci za faktyczną energię zawartą w gazie, a jego cena będzie zależna od kaloryczności dostarczonego gazu. Im większa będzie kaloryczność paliwa tym mniej gazu zużyjemy i na odwrót. Klienci zatem, zamiast za objętość zapłacić za faktyczną energię zawartą w gazie. Ujednolicenie jednostek rozliczania zużycia gazu ma na celu w łatwy sposób porównywać koszty wykorzystywania różnych rodzajów mediów” (str. 8 odwołania).

Odwołujący sam wskazał, że wartość powyższego współczynnika konwersji jest istotna tylko z punktu widzenia odbiorcy paliwa; ma bowiem na celu ułatwienie porównywania cen gazu oferowanych przez różnych przedsiębiorców. Odbiorcą gazu na gruncie niniejszego postępowania jest Przystępujący – który zapewnia Zamawiającemu świadczenie usługi obejmującej eksploatację systemu ciepłego kotłowni w budynku nr 10. Wartość współczynnika konwersji była bez znaczenia dla Zamawiającego, który wymagał skalkulowania przez Wykonawców ceny oferty poprzez jej wyrażenie w jako cena za dostarczenie 1 GJ energii. Zamawiający nie wymagał przy tym obliczeń w kWh, MWh, MJ, cal, ani też żadnych innych jednostkach. Z jego punktu widzenia istotną była jedynie cena za 1 GJ energii, którą Przystępujący wskazał, a Zamawiający zweryfikował dochodząc do przekonania, że jest ona ceną rynkową, a przez to – prawidłową. Zamawiający nie określił tym samym sposobu, w jaki każdy z Wykonawców obliczyć cenę 1 GJ energii, w związku z czym nie jest prawidłowe kwestionowanie przez Odwołującego sposobu obliczenia oferty Przystępującego, która oparta została na innych współczynnikach, które w ostateczności doprowadziły do uzyskania prawidłowego obliczenia ceny 1 GJ energii.

Zamawiający dokonał własnej weryfikacji ceny zakupu 1 GJ energii wskazanej przez Przystępującego w Wyjaśnieniach RNC (119,04 zł/GJ brutto), której metodologię przedstawił w sposób wyczerpujący w pkt. 3) Odpowiedzi na odwołanie (str. 6 – 7). Obliczenia powyższe doprowadziły Zamawiającego do konkluzji, zgodnie z którą wartość paliwa gazowego potrzebnego do wyprodukowania 1 GJ energii oszacowana została na kwotę 118,51 zł/GJ brutto. Dlatego też Zamawiający w sposób prawidłowy stwierdził, że „Wartość z oferty Przystępującego 119,04 zł/GJ brutto nie odbiega od uproszczonych wyliczeń zamawiającego, wobec powyższego należy ją uznać za właściwą” (str. 7 Odpowiedzi na odwołanie). Stwierdził zatem należy, że zarzut sformułowany w powyższym zakresie uznać należy za całkowicie chybiony.

Bezzasadność zarzutu dotyczącego konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3 odwołania)

Odwołujący sformułował na gruncie odwołania zarzut co do zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego, która to oferta – zdaniem Odwołującego – została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzucany przez Odwołującego czyn nieuczciwej konkurencji rzekomo dokonany przez Przystępującego, polegał na „sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia” (str. 2 odwołania).

Złożenie przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji stanowi – zdaniem Odwołującego – efekt:

- A. nieprzeznaczenia przez Przystępującego osób do realizacji zamówienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego (pkt 3. uzasadnienia odwołania);
- B. nieuwzględnienia przez Przystępującego współczynnika konwersji (pkt 4. uzasadnienia odwołania);
- C. nieuwzględnienia przez Przystępującego wymaganych elementów w zakresie kosztów pracowniczych (pkt 5. uzasadnienia odwołania);
- D. nieuwzględnienia przez Przystępującego kosztów energii elektrycznej wskazanych w SWZ (pkt 6. uzasadnienia odwołania).

Bezzasadność każdego z powyższych zarzutów, wykazana została we wcześniejszych częściach uzasadnienia niniejszego pisma. W efekcie – stwierdzić należy, że niezasadny jest także zarzut dotyczący nieprawidłowego – zdaniem Odwołującego – zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, która została rzekomo złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Tym bardziej, że Odwołujący nie wskazał żadnych dodatkowych argumentów mających dodatkowo uzasadnić rzekome złożenie przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

We wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego pisma wykazano bezspornie, że Przystępujący złożył ofertę opartą o rzetelną i prawidłową kalkulację cenową, a także w oparciu o swoje – niespełna dziesięcioletnie – doświadczenie w zakresie świadczenia przedmiotowej usługi w poprzednich latach. Twierdzenia podnoszone w powyższym zakresie mają zatem charakter gołosłowny. Dlatego też zarzut niniejszy uznać należy za bezzasadny.

Bezzasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 P.z.p. (zarzut nr 4)

Również i sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 P.z.p. miał charakter zbiorczy – stanowił efekt zarzucanych Zamawiającemu, poszczególnych naruszeń przepisów P.z.p., ogniskujących się wokół nieprawidłowej oceny Wyjaśnień RNC oraz braku odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie – błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie – niezgodnej z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze bezzasadność każdego z zarzutów podniesionych na gruncie odwołania, nie sposób przyjąć, aby Zamawiający prowadził postępowanie w sposób naruszający podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażone w art. 16 P.z.p. Dlatego też zarzut niniejszy także uznać należy za bezzasadny. Skoro – co zostało wykazane powyżej – Zamawiający prowadził postępowanie w sposób prawidłowy, nie sposób zarzucić, że działał w warunkach naruszenia art. 16 P.z.p.

Wnioski końcowe

Podsumowując, Przystępujący pragnie raz jeszcze podkreślić, że cena złożonej przezeń oferty, nie była rażąco niska. Cena oferty Przystępującego jest bowiem niższa o 18,58% od średniej cen ofert złożonych w ramach części III. postępowania. Odwołujący w ramach przedmiotowej części postępowania złożył ofertę na kwotę 3.834.892,80 zł, natomiast cena oferty Przystępującego wynosiła 2.633.163,30 zł. Przy średniej cenie ofert (3.234.028,05 zł), cena oferty Przystępującego była zatem niższa o 18,58% od powyższej średniej. W świetle art. 224 ust. 2 pkt 1 P.z.p. cena oferty Przystępującego nie może zostać uznana za rażąco niską.

Odwołujący wywodził wniosek o rażąco niskiej cenie oferty Przystępującego, porównując ją m.in. do ceny oferty Odwołującego. To porównanie nie jest jednak miarodajne. Odwołujący złożył oferty w ramach części I, III, IV oraz V. Analiza cen ofert złożonych przez Wykonawców kształtuje się następująco: /Tabela: Analiza cen ofert złożonych przez Wykonawców/

Analiza cen zawartych w powyższej tabeli doprowadza do konkluzji, zgodnie z którą Odwołujący złożył oferty w ramach części I, III, IV i V postępowania, których ceny każdorazowo były najwyższe (a w jednym przypadku – nawet dwukrotnie wyższe) spośród cen ofert złożonych przez wszystkich Wykonawców biorących udział w powyższych częściach postępowania.

W ocenie Przystępującego, powyższe jest związane z okolicznością, stosownie do której Odwołujący – jako jedyny spośród wszystkich Wykonawców biorących udział w Postępowaniu, jest podmiotem zobowiązanym do posiadania koncesji, o której mowa w art. 32 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, oraz uzyskiwania zatwierdzenia przez odpowiedni organ regulacyjny stosowanych taryf, co znacząco przekłada się na koszty prowadzenia działalności gospodarczej, wpływające z kolei na poziom cenowy składanych ofert. Takich ograniczeń nie doznaje natomiast ani Przystępujący, ani także żaden inny Wykonawca biorący udziału w postępowaniu.

Cena oferty Przystępującego nie może zostać uznana za rażąco niską także w świetle okoliczności, stosownie do której Przystępujący ma zagwarantowaną stałą cenę zakupu gazu, posiadając stałą ofertę rynkową spółki ENEFIT Sp. z o.o. zajmującej się zakupem gazu na giełdzie i dalszą jego odsprzedażą. Złożona Przystępującemu oferta dostawy gazu na cały czas trwania umowy jest niezmienna. Pozwala to całkowicie wyeliminować ryzyko podwyżek cen gazu w okresie trwania umowy. Przystępujący ma zatem zagwarantowane, że oszacowana wartość zakupu paliwa gazowego jest bezpieczna i niezmienna, odporna na zmiany sytuacji na rynku paliw – a te mogą się zmieniać w znaczący sposób, na co wskazuje wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, który w roku 2022 w stosunku do roku 2021, wzrósł aż o 32,5%, zaś w roku 2023 w stosunku do roku 2022 wyniósł 17,5%.

Dowód: – Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z 13.01.2023 r.w sprawie średniorocznego wskaźnika cen konsumpcyjnych nośników energii w 2022 r. – w załączeniu; – Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 15.01.2024 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen konsumpcyjnych nośników energii w 2023 r. – w załączeniu.

Cena oferty Przystępującego nie może być uznana jako rażąco niska, także z tego powodu, że uwzględnia ona osiągnięcie zysku Przystępującego na poziomie 94.000,00 zł brutto (82.000,00 zł netto). Przystępujący utrzyma zatem rentowność na realizacji umowy zawartej na gruncie przedmiotowej części postępowania. Dodatkowo wskazania wymaga, że postanowienia Projektu umowy (§ 13 ust. 4 pkt. 3 lit. b) pozwalają na dokonanie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany ww. wskaźnika inflacyjnego. Zgodnie z powyższym postanowieniem Projektu umowy „Ustalenie zasad waloryzacji w oparciu o art. 439 ustawy Pzp: Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy możliwa jest na następujących zasadach: Strony mogą wnioskować o zmianę wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w przypadku, gdy wskaźnik* cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłoszony w Komunikacie Prezesa Urzędu Statystycznego, przekroczy 10% ; * wskaźnik cen w analogicznym okresie roku poprzedniego na stronie www.stat.gov.pl/wskazniki-makroekonomiczne zakładka - roczne wskaźniki makroekonomiczne, wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych, poz. A - analogiczny okres roku poprzedniego)”. Przystępujący wskazuje, że w okresie obowiązywania dotychczasowej umowy dotyczącej świadczenia usługi w zakresie części III. postępowania (tj. w okresie obowiązywania Umowy 625/INFR/2022z 26.09.2022 r. Przystępujący podpisał z Zamawiającym Aneks nr 889/INFR/2023 z 27.10.2023 r. zwiększający wartość wynagrodzenia Przystępującego w oparciu o wskaźnik inflacyjny opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w dniu 13.01.2023 r. (który wynosił 32,5%). Analogiczne założenie zostało przyjęte przy kalkulacji ceny oferty złożonej na gruncie postępowania. W sytuacji, w której Przystępujący ma zagwarantowaną stałą, niezmienną cenę gazu przez okres trwania umowy, każda waloryzacja wynagrodzenia dokonywana w oparciu o wskaźnik inflacyjny, niesie dla Przystępującego dodatkowy zysk. Opisana powyżej możliwość stanowi dodatkowy zysk Przystępującego, wykraczający ponad założony zysk w wysokości 94.000,00 zł brutto, wskazany w Wyjaśnieniach RNC.

W dniu 14.10.2024 r. (e-mailem) Zakład Innowacyjnej Techniki Energetycznych „Promat” Sp. z o.o. przedstawił stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3431/24 w cz. III.

I. Niezłożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny [dalej RNC] w terminie:

Faktem w niniejszej sprawie jest niezłożenie przez Infratech wyjaśnień RNC w terminie.

Zarówno Zamawiający jak i Infratech wskazują, iż fakt ten nie jest przesłanką do odrzucenia oferty Infratech, albowiem

opóźnienie było nieznaczne i dodatkowo usprawiedliwione, a Infratech wręcz twierdzi, że PZP nie przewiduje sankcji za złożenie wyjaśnień po terminie - vide pkt 25 stanowiska Infratech str. 10/11).

Argumentacja Zamawiającego i Infratech, pozornie tylko opierająca się na zasadach udzielania zamówień publicznych, de facto całkowicie się im sprzeciwia i kwestionuje instytucję terminu do składania wyjaśnień RNC.

W tym miejscu pojawia się pytanie jak stosować forsowaną przez Zamawiającego i Infratech przesłankę „nieznacznego” przekroczenia terminu, w sytuacji, gdy przepisy PZP jej nie przewidują, jak również nie posługują się innymi wskazówkami jak ową „nieznaczność” definiować. Należy mieć na uwadze, iż obecny skład KIO ma zdaniem Zamawiającego i Infratech dokonać takiej wykładni stosowania przez zamawiających terminu do wyjaśnień RNC jaką forsują w toku niniejszego postępowania odwoławczego, dając w przyszłości wykonawcom podstawę do podpierania się tym orzeczeniem i uznania, że przekroczenie terminu o godzinę, dwie, trzy, może jeden dzień, nie będzie powodowało negatywnych konsekwencji. Czy jeżeli termin wyznaczono w dniach, bez wskazania godziny, a wykonawca złoży wyjaśnienia godzinę po północy, tj. de facto innego dnia, to nadal mamy do czynienia z „nieznacznością”. Zdaniem Odwołującego danie przyzwolenia do takich dywagacji niweczy skuteczność instytucji terminu do złożenia wyjaśnień RNC.

Skoro termin nie miałby być przestrzegany zerojedynkowo i jego przekroczenie miałoby być każdorazowo badane i oceniane, jaki sens miałby bogaty już dorobek doktryny i judykatury pozwalający określić odpowiednią długość terminu jaki zamawiający winien wyznaczyć wykonawcom do wyjaśnienia RNC. Podobnie, jakie znaczenie będzie miało wypracowane stanowisko, że wykonawcy mogą przed upływem terminu wnioskować o jego wydłużenie, skoro teraz miałoby się okazać, że przekroczenie terminu i tak nie musi wiązać się z negatywnymi konsekwencjami, o ile opóźnienie będzie „nieznaczne”.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wyznaczył 5-dniowy termin, którego nie można uznać za zbyt krótki. Infratech zresztą nie wnosił o jego przedłużenie, podobnie jak Odwołujący, który również został zobowiązany do wyjaśnienia RNC i wykonał je w terminie (dowód: w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się dowód terminowego złożenia wyjaśnień przez Odwołującego).

Zamawiający i Infratech na poparcie swojej tezy twierdzą, że termin do złożenia wyjaśnień RNC jest przecież wyznaczany przez Zamawiającego, zatem jego przekroczenie nie jest istotne. Tezę taką formułując de facto opierając się na uzasadnieniu do jednego orzeczenia jakie przytoczył Zamawiający, tj. wyroku KIO z dnia 12 listopada 2019 r. o sygn. akt 2187/19. Owa teza, a przede wszystkim oparcie jej na tym właśnie orzeczeniu, są całkowicie chybione. Orzeczenie to nie miałoby zastosowanie do niniejszego stanu faktycznego ponieważ tamtejszy skład orzekający w ogóle nie oparł się na zagadnieniu nieznaczności przekroczenia terminu, lecz na uzasadnionych przesłankach do usprawiedliwienia opóźnienia. Z kolei owe usprawiedliwienie opóźnienia w stanie faktycznym objętym cytowanym orzeczeniem, dalece odbiegało od tych przesłanek jakie prezentuje Infratech w niniejszym stanie faktycznym, przy aprobachie Zamawiającego. Przesłanki opisane w uzasadnieniu orzeczenia były udowodnione, tamtejszy wykonawca załączył do materiału dowodowego screeny poszczególnych etapów logowania się do platformy zamawiającego i wykazał problemy techniczne po stronie zamawiającego, które uniemożliwiały mu zaimportowanie pliku z wyjaśnieniami. Dodatkowo wykazano, że wynikało to z problemów technicznych zamawiającego, które pojawiały się już wcześniej, kwestionujących nawet poprawność wezwania do wyjaśnień RNC. **Z kolei w niniejszym stanie faktycznym Infratech nie wykazał przesłanki, która usprawiedliwiałaby opóźnienie w wystaniu wyjaśnień RNC.** Wskazał jedynie, iż przyczyna tkwiła w usterce routera, którą poparł jedynie oświadczeniem osoby trzeciej. Odwołujący kwestionuje jednak wiarygodność tego dowodu, albowiem usterkę routera można wykazać wydrukami z diagnostyki urządzenia, nie mówiąc już o innych dowodach, jak zdjęcia, screeny z rzekomo nieudanych operacji na komputerze, czego zabrakło w niniejszym postępowaniu. Dziwi również fakt, że wyjaśnienie opóźnienia zostało wysłane do Zamawiającego dwie godziny po spóźnionym już złożeniu wyjaśnień RNC. Co ma jednak kluczowe znaczenie w sprawie, za opóźnieniem Infratech nie stały problemy techniczne związane z platformą Zamawiającego, z importowaniem plików, etc., lecz z rzekomym brakiem dostępu do internetu. **Nawet, gdyby uznać tę okoliczność za prawdziwą, co Odwołujący kwestionuje, faktem notoryjnym nie wymagającym dowodu jest to, iż w dzisiejszych czasach, udostępnienie internetu via hot spot (funkcja routera w smartfonach) z telefonu komórkowego trwa kilka sekund i jest możliwe z każdego smartfona, co czyni argumentacji Infratech uzasadniającą przyczynę opóźnienia za całkowicie niewiarygodną.** Z tożsamyh przyczyn nie sposób uznać za uzasadniony argument o braku możliwości złożenia wniosku o wydłużenie terminu, a dodatkowo dziwi, że nie skorzystano z innych mediów, a w niniejszym postępowaniu odwoławczym brak dowodów na skorzystaniu z nich.

Przywołanie wyroku KIO 2187/19 jest chybione również z tego powodu, iż zapadło ono w innym stanie prawnym, tj. na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2024 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 2019 poz. 1843 ze zm.) [dalej stara ustawa Pzp], tj. na kanwie wyjaśniania RNC w oparciu o przepis art.90 ust.1a starej ustawy Pzp w zw. z art.90 ust. 3 starej ustawy Pzp. Ma to kluczowe znaczenie, albowiem stara norma nie wspominała nic o terminie i wskazywała, że *zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.* W obecnym stanie prawnym z kolei przepis art. 224 ust. 6 PZP stanowi, iż *odrzucaeniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.* **Już tylko ta okoliczność powoduje, iż cytowane**

orzeczenie KIO straciło swoją aktualność.

Trudno uznać, iż racjonalny ustawodawca wprowadzając do przesłanki odrzucenia określenie „w wyznaczonym terminie” uczyniłby to bez wyraźnego celu uczynienia z zachowania terminu prawnie istotnej okoliczności. W dzisiejszym stanie prawnym, kiedy elektronizacja zmienia oblicze zamówień publicznych, kwestie problemów technicznych wybrzmiewają w orzecznictwie, np. w związku z terminem składania ofert. To również jest termin wyznaczany przez zamawiających i mogący być przez niego zmieniany. Tyle, że nikt nie uznałby za racjonalne przyjmować, że złożenie oferty nawet 5 minut po terminie mogłoby podlegać konwalidacji ze względu nie „nieznaczność” opóźnienia. **Zamawiający i Infratech poszukują uzasadnienia w opóźnieniu w wysłaniu wyjaśnień RNC w tym, iż opatrzyli dokumenty na 19 do 23 minut przed upływem 5-dniowego terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. Tyle, że zdaniem Odwołującego jest to okoliczność obciążająca, albowiem to Infratech przyjął na siebie ryzyko wykonania tak istotnego zobowiązania dosłownie na ostatnią chwilę.** W tym miejscu przytoczyć można chociażby wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2019 r. **KIO 640/19 - Niemożliwość złożenia oferty wynikająca z powodów technicznych, w którego uzasadnieniu Izba wskazuje:** „Należy zgodzić się z Zamawiającym, który w tym zakresie w oparciu o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2005 r., wskazał, że ”W ocenie Zamawiającego bardzo późne przystąpienie przez Odwołującego do procesu składania oferty wyczerpuje znamiona co najmniej lekkomyślności. Oceny tej należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji, tj. zawodowej staranności wykonawcy. Uważa się, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności”.

Trudno zgodzić się z argumentem Zamawiającego, iż przyjęcie wyjaśnień RNC złożonych przez Infratech z opóźnieniem, nie narusza zasady równego traktowania. Już tylko orzeczenie KIO 2187/19 cytowane przez Zamawiającego temu przeczy, albowiem w uzasadnieniu Izba wskazała na brak naruszenia tej zasady ponieważ pozostali dwaj wykonawcy zrezygnowali z wyjaśniania RNC i w konsekwencji z obrony swoich praw. Jakkolwiek kontrowersyjna nie byłaby to teza, to nawet ona dowodzi *a contrario*, iż skoro Odwołujący również był wzywany do wyjaśnienia RNC, i wykonał te zobowiązanie terminowo, przyjęcie spóźnionych wyjaśnień Infratech byłoby naruszeniem zasady równego traktowania.

Infratech dla poparcia swojej argumentacji przytoczył (vide: pkt 27) stanowiska Infratech str. 11) jedno orzeczenie KIO 3231/21, lecz było to całkowicie chybione. Infratech przytoczył bowiem dwuznaczną tezę tego orzeczenia, stanowiącego cytata z uzasadnienia owego wyroku, w sprawie, której elementem stanu faktycznego nie było złożenie wyjaśnień RNC po terminie, lecz złożenie ich w niepełnym wymiarze. KIO zatem w ogóle nie roztrząsało w tamtejszym stanie faktycznym takiego zagadnienia i cytowana w tezie część uzasadnienia, którą Infratech przytoczył sugerując jakoby była relewantna dla przedmiotowego stanu faktycznego, miała jedynie uwypuklić twierdzenie tamtego sądu orzekającego, że nie tylko brak wyjaśnień RNC może prowadzić do odrzucenia oferty, lecz również ich złożenie, lecz w sposób niewyczerpujący. Dziwi zatem twierdzenie Infratech, jakoby przepisy PZP sankcjonowały jedynie niezłożenie wyjaśnień RNC w ogóle, podczas gdy przepis art. 224 ust. 6 wyraźnie wskazuje, iż *odrzuca się, jako ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*

II. Nieprzeznaczenie przez Infratech wymaganej ilości pracowników do realizacji zamówienia.

Zarówno Zamawiający jak i Infratech nie sprostali zwalczeniu tego zarzutu, próbując przerzucić uwagę KIO na kwestię braku określonego w SWZ wymogu zatrudnienia dwóch osób na pełen etat, choć oczywistym jest, iż nie tylko nie jest to główny argument Odwołującego w omawianym zakresie, lecz mógłby on w zasadzie nie istnieć. **Głównym samodzielnym zarzutem w tym zakresie jest fakt nieprzeznaczenia przez Infratech wymaganej ilości pracowników do pełnienia odpowiednich funkcji, bez względu na rozmiar etatu.**

Jeżeli chodzi o kwestię rozmiaru etatu, zwraca się uwagę na określony w SWZ wymóg cyt. „zapewnienia, przez cały okres realizacji umowy, eksploatacji ITSC przez osoby posiadające niezbędne kwalifikacje i uprawnienia (vide: § 4 ust. 2.1 lit. b) Projektu umowy), z którego wynika, iż Zamawiający wymagał więcej niż jedną osobę do eksploatacji oraz aby eksploatacja była wykonywana w sposób ciągły, stąd wątpliwa jest zasadność argumentacji, iż dla prawidłowej realizacji umowy wystarczy obecność jednej osoby raz na 48h, raz w miesiącu, raz na kwartał, raz w roku, jak do tego przekonuje Zamawiający.

O ile Strony mogą przerzucać się argumentami czy przedmiot zamówienia można wykonać dwoma osobami zatrudnionymi minimum na pełnym etacie każda czy też nie, o tyle Odwołujący zwraca uwagę na kwintesencję zarzutu opisanego w pkt II niniejszego pisma, tj. **nieprzeznaczenie przez Infratech wymaganej ilości pracowników do realizacji zamówienia.**

Przypomniat, iż **Zamawiający wymagał**, aby wykonawcy składający oferty dla Części III Zamówienia, zapewnili do jego realizacji odpowiedniej - **minimalnej ilości osób** do określonych zadań. W załączniku nr 2 do SWZ - projekt umowy [dalej Projekt umowy] wskazano, iż wymaga cyt. „co najmniej dwóch różnych osób do pracy na stanowisku (vide: § 4 ust. 2.1 lit. b) z opisem dla części III Projektu umowy - str. 3/4):

o eksploatacji oraz

o dozoru i eksploatacji.”.

Przy tym, niepotwierdzone w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż ta druga osoba miała pełnić funkcję głównie dozoru oraz jedynie doraźnie eksploatacji, jeżeli zajdzie potrzeba. SWZ w projekcie umowy wskazywał wyraźnie, że druga osoba ma łączyć te funkcje i obowiązkiem wykonawców było uwzględnić tę okoliczność w szacowaniu wartości oferty.

Infratech natomiast wskazał następujące osoby:

- jedna do **eksploatacji**,
- druga do **dozoru**.

W tym miejscu stwierdzić należy, iż nie jest kluczem interpretacja powyższego zapisu SWZ, przez pryzmat uprawnień obu osób, ponieważ Zamawiający uprawnienia opisał dokładnie tak samo, dla jednej i drugiej osoby, zatem dywersyfikacja funkcji pierwszej i drugiej osoby jest precyzyjną, i niewymagającą wyjaśnienia w drodze zapytań do SWZ, informacją jakie osoby należy przeznaczyć do realizacji zamówienia i jak obliczyć ich koszt. Dla Odwołującego, ale też QB-Energia, który tak samo zrozumiał ten wymóg składając ofertę na część IV, która miała identyczny, analogiczny zapis SWZ, oczywistym było, iż druga osoba będzie miała tyle samo obowiązków co ta pierwsza osoba, bez względu na zakres etatowy. Nie sposób bowiem wyinterpretować z treści SWZ, iż ta druga osoba będzie pełniła funkcje doraźnie, o ile zajdzie potrzeba, a może w ogóle, w zakresie eksploatacji, jak próbuje przekonać KIO Zamawiający.

Infratech w swoich wyjaśnieniach RNC stwierdził wyraźnie, iż druga osoba jest przeznaczona tylko do dozoru, a nie również do eksploatacji, i to w bardzo małym zakresie (1/10 etatu), albowiem jego zdaniem nie musi być obecna cały czas na obiekcie.

Infratech oświadczył:

W naszej ofercie przyjęliśmy 1 etat na obsługę i konserwację jako niezbędny do utrzymania i zapewnienia prawidłowego funkcjonowania 20 letniego systemu ciepłego oraz 1/10 etatu na nadzór, ponieważ pracownik nadzoru nie musi być obecny cały czas na obiekcie.

Zatem Infratech nie dość, że literalnie wskazał, że obsługiwać i konserwować będzie tylko pierwsza osoba, to dodał, że druga pełnić będzie tylko dozór, dlatego przeznaczył na nią jedynie 1/10 etatu. **Infratech nawet w swoim stanowisku w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w pkt 34) na str. 13** wskazał, że druga osoba będzie pełniła wyłącznie dozór:

objętego częścią III. Postępowania - w zakresie dozoru i eksploatacji - wystarczające będzie przeznaczenie do realizacji powyższych czynności pracownika w wymiarze odpowiadającym 1/10 etatu, mając pewność, że taki właśnie wymiar etatu wystarczy do zapewnienia dozoru nad prawidłowym funkcjonowaniem kotłowni.

Twierdzenie to Infratech potwierdził w dalszej części swojego stanowiska **w niniejszym postępowaniu odwoławczym w pkt 36) str. 14**:

Makowski jest obecnie zatrudniony przez Przystępującego na umowie o pracę w wymiarze pełnego etatu, z wynagrodzeniem na poziomie ok. 9.500,00 zł brutto. Przystępujący przyjął - w oparciu o posiadane przez siebie długoletnie doświadczenie w obsłudze kotłowni położonej w budynku przy ul. Strażackiej 2-8 w Gdyni - że wystarczającym dla zapewnienia prawidłowego dozoru nad funkcjonowaniem powyższej kotłowni, będzie wyłącznie 1/10 etatu powyższego pracownika.

Powyższe wskazuje, iż bez względu na potencjalne dywagacje, w jakim zakresie etatowym każda z obu osób miałaby świadczyć pracę na rzecz realizacji zamówienia, to przez selekcję negatywną z całą pewnością stwierdzić należy, iż skoro Infratech pominął w zakresie drugiej osoby powierzenie jej czynności eksploatacyjnych, nie uwzględnił tego kosztu w kalkulacji oferty, co ma wpływ na jej nierealność oraz wskazuje na niezgodność z warunkami zamówienia i błąd w obliczeniu ceny.

III. Niezłożenie wszystkich wymaganych informacji koniecznych do wyjaśnienia RNC.

Odwołujący podtrzymuje wszystkie zarzuty i twierdzenia związane z niezłożeniem przez Infratech wszystkich wymaganych informacji służących do wyjaśnienia RNC, w szczególności związanych z kosztami pracowniczymi, a przecież to na nim spoczywa ciężar dowodu, zgodnie z przepisem art. 537 pkt 1) PZP.

Infratech nie był z kolei uprawniony do przedstawiania innych dowodów niż te, którymi dysponował Zamawiający w trakcie oceny jego wyjaśnień RNC.

Dziwi argument Infratech, iż przedstawił Zamawiającemu wystarczającą treść wyjaśnień RNC i dowodów na ich poparcie jakich ten od niego oczekiwał, w sytuacji, gdy wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczyło tylko dwóch kwestii, kosztów pracowników i kalkulacji ceny 1GJ. Zamawiający precyzyjnie określił czego oczekuje, nie był to duży zakres, i tym bardziej należało go wszechstronnie wyjaśnić i udowodnić.

Przypomniał, iż w świetle dyspozycji art. 224 ust. 6 PZP, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 PZP rodzi domniemanie, iż cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 224 ust. 5 PZP, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciężące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 224 ust. 6 PZP, nie tylko brak

złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu obliczonego Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Wyjaśnienia muszą być więc konkretne i wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów - vide np. wyrok KIO 1834/19.

IV. Nieuwzględnienie współczynnika konwersji.

Wyjaśnienia RNC Infratech, a także wyjaśnienia Zamawiającego i Infratech złożone w ramach niniejszego postępowania odwoławczego tylko potwierdzają, że Infratech błędnie obliczył koszt paliwa koniecznego do wytworzenia 1 GJ ciepła w kotłach, i w konsekwencji błędnie obliczył cenę, która nie uwzględnia współczynnika konwersji (ciepła spalania) oraz sprawności kotłów. W związku z tym Infratech nieprawidłowo obliczył cenę za 1 m³ paliwa gazowego, co potwierdza pismo Zamawiającego z dnia 1 października 2024 r., w którym obliczenie ceny jest prawidłowe, lecz wyłącznie w zakresie w jakim uwzględnia współczynnik konwersji.

Nie jest prawdą, jak twierdzi Infratech w swoim stanowisku do niniejszego postępowania, jakoby w obliczeniach uwzględnił współczynnik konwersji. W żadnych obliczeniach tego nie widać. Podobnie jak nie można doszukać się wskazania przez niego ciepła spalania.

Myli się Infratech twierdząc, iż wartość opałowa to niemal to samo co ciepło spalania. W obliczeniach zużycia gazu należy stosować wartość opałową (**dowód: Załącznik nr 5 - AGH - EFEKTYWNOŚĆ ENERGETYCZNA URZĄDZEŃ GAZOWYCH; Załącznik nr 6 - Załącznik nr 5 - NOTKA - AGH - ZESPÓŁ TECHNOLOGII PALIW; Załącznik nr 7 - NOTKA - AGH - GRZEGORZ CZERSKI**). Przy prawidłowych obliczeniach różnica jest istotna. Dla okresu wskazanego w stanowisku Zamawiającego ciepło spalania wyniosło 41,929 MJ/m³ (11,647 kWh/m³) natomiast wartość opałowa 37,886 MJ/m³ (10,524 kWh/m³). Obliczając zużycie gazu w kotłach do wytwarzania ciepła oraz koszt paliwa gazowego należy prawidłowo i świadomie stosować wartość opałową do obliczania zużycia paliwa oraz ciepła spalania (współczynnik konwersji) do obliczania kosztów i ceny paliwa.

W wyjaśnieniach RNC Infratech załączył ofertę na dostawę gazu ziemnego otrzymaną od firmy ENEFIT Sp. z o.o. z dnia 15.07.2024 r. z ceną 235,12 zł/MWh. Oferta ta dotyczy dostawy gazu w okresie 01.10.2024 r. - 30.09.2026 r. i wolumenu wynoszącego 4300 MWh ± 10% (czyli oferta dotyczy dostawy maksymalnie 4730 MWh paliwa gazowego). Zgodnie z SWZ wykonawcy mieli obowiązek zaoferować eksploatację kotłowni w okresie 01.10.2024 r. - 30.09.2026 r. oraz oferty dotyczą produkcji ciepła w ilości 6400 GJ rocznie, czyli 12800 GJ w okresie obowiązywania umowy. Ponadto dla tego okresu obowiązywania umowy wykonawcy mieli obowiązek uwzględnić prawo opcji wynoszące 3840 GJ.

Na podstawie sprawności kotłów wskazanej w wyjaśnieniach RNC Infratech (87%) oraz parametrów paliwa gazowego, wolumen dostawy gazu dla całego okresu obowiązywania umowy (01.10.2024 r. - 30.09.2026 r.) prawidłowy wolumen dostawy gazu ziemnego wynosi:

Dla zamówienia podstawowego:

$(12800 \text{ GJ} : 3,6) : 0,774 = 4593,7 \text{ MWh}$

Dla prawa opcji:

$(3840 \text{ GJ} : 3,6) : 0,774 = 825,6 \text{ MWh}$

Razem: $4593,7 \text{ MWh} + 825,6 \text{ MWh} = 5419,3 \text{ MWh}$

Łączna wartość wolumenu paliwa gazowego uwzględniona w ofercie firmy ENEFIT Sp. z o.o. dla firmy INFRA TECH nie zapewnia dostawy paliwa na wykonanie zamówienia wraz z prawem opcji.

Nie jest też prawdą twierdzenie Infratech zawarte w wyjaśnieniach RNC, że w związku z faktem, iż opłatę za dystrybucję nalicza się w odniesieniu do m³ dystrybuowanego gazu należało przeliczyć cenę gazu z oferty, ponieważ jest ona podana w MWh na m³.

Powyższe zdanie nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Od wielu lat taryfy za dystrybucję gazu określają ceny:

- stałą za dystrybucję w zł za kWh/h

- zmienną za dystrybucję w zł za kWh

Na podstawie faktur odbiorca gazu może obliczyć średnią cenę za dystrybucję 1 m³ gazu (Dowód: Przykładowa faktura za gaz dla naszego obiektu w Ustce - **Załącznik nr 8 - Faktura PGNiG**). Średnia cena za dystrybucję gazu w sierpniu wyniosła 4,78 zł/m³ brutto.

Dalej w wyjaśnieniach RNC Infratech wskazuje, iż mając ilość m³ gazu potrzebną do produkcji 1 GJ energii cieplnej wyliczył cenę 1 m³ z oferty firmy ENEFIT Sp. z o.o. wykorzystując wzór:

1. $1 \text{ MWh} = 3,6 \text{ GJ}$ i z przekształcenia $1 \text{ GJ} = 1 \text{ MWh} : 3,6$ Podstawiając wartości do wzoru wyszło Infratech:

$235,12 \text{ zł} : 3,6 = 65,31 \text{ zł/GJ}$

Odwołujący wskazuje, iż **wyliczona cena 65,31 zł za GJ jest to cena 1 GJ energii chemicznej w paliwie gazowym odniesiona do ciepła spalania gazu ziemnego.**

Kolejno, w wyjaśnieniach Infratech podaje, że następnie wyliczył cenę 1 m³, dzieląc przez ilość m³ gazu potrzebną do wytworzenia 1 GJ:

$65,31 : 31 = 2,106 \text{ zł/m}^3 + \text{VAT } 23\% = 2,59 \text{ zł/m}^3 \text{ brutto.}$

Odwołujący wskazał, iż w tym miejscu Infratech popełnia błąd, ponieważ aby wyliczyć cenę 1 m3 gazu potrzebną do wytworzenia 1 GJ ciepła w kotłowni należy cenę 1 GJ energii chemicznej w paliwie gazowym odniesioną do ciepła spalania podzielić przez sprawność kotłów odniesioną do ciepła spalania, która w tym wypadku wynosi $0,87 \times (37,3 : 41,93) = 0,774$, czyli cena 1 m3 gazu do wytworzenia 1 GJ ciepła w kotła powinna być obliczona następująco:
 $(65,31 : 0,774) : 30,815 = 2,74 \text{ zł/m}^3$ - cena netto [jest to cena zgodna z wyjaśnieniami udzielonymi przez KPW w odpowiedzi na odwołanie z 01.10.2024 r., gdzie KPW Gdynia wyliczyło cenę netto 2,738 zł/m3], cena brutto wynosi $2,74 \text{ zł/m}^3 + \text{VAT } 23\% = 3,37 \text{ zł/m}^3$

Infratech w wyjaśnieniach RNC wskazał dalej, iż do tej wartości należy doliczyć opłatę za dystrybucję wynoszącą 1,25 zł/m3 brutto.

Końcowa wartość ceny 1 m3 gazu brutto wyszła Infratech = $2,59 + 1,25 = 3,84 \text{ zł/m}^3$ gazu co daje wartość 1 GJ: $3,84 \times 31 = 119,04 \text{ zł/GJ brutto}$.

Odwołujący wskazuje na błąd w tych obliczeniach ponieważ powinno być:
Końcowa wartość ceny 1 m3 gazu brutto = $3,37 + 1,25 = 4,62 \text{ zł/m}^3$ gazu co daje wartość 1 GJ: $4,62 \text{ zł/m}^3 \times 30,815 \text{ m}^3/\text{GJ} = 142,37 \text{ zł/GJ brutto}$.

W wyjaśnieniach Infratech na temat RNC wyliczono, że przy cenie paliwa gazowego 235,12 zł/MWh, po podzieleniu tej wartości przez 3,6 otrzymuje się cenę 65,31 zł/GJ i następnie wyliczono ceną 1 m3 gazu na 2,106 zł/m3. Takie obliczenia są nieprawidłowe, ponieważ cena 65,31 zł/GJ jest to cena energii w paliwie gazowym odniesiona do ciepła spalania (nie jest to cena ciepła wytworzonego w kotłach). Cena paliwa na wytworzenie ciepła w kotłach wynosi 65,31 zł/GJ podzielone przez sprawność kotłów.

Cena ciepła wytworzonego w kotłach równa się $65,31 \text{ zł/GJ} / 0,774 = 84,38 \text{ zł/GJ}$
Cena 1 m3 gazu: $84,38 \text{ zł}/30,815 \text{ m}^3 = 2,738 \text{ zł/m}^3$ netto

Gdyby Infratech podzielił 65,31 zł/GJ przez 30,815 m3 to uzyskałby cenę gazu 2,12 zł/m3, natomiast podzielił przez 31 i otrzymał 2,106 zł/m3 a jest to cena gazu nieprawidłowa.

Należy jeszcze uwzględnić sprawność kotłów odniesioną do ciepła spalania. Dla sprawności podanej w wyjaśnieniach 87% całkowita sprawność kotłów odniesiona do ciepła spalania wynosi 77,4% ($0,87 \times (37,3/41,929) = 0,774$)
Cena 1 m3 gaz: $2,12/0,774 = 2,739 \text{ zł/m}^3$ netto

Kolejne sprawdzenie:
Infratech wyliczył, że do wytworzenia 1 GJ ciepła potrzeba 30,815 m3 gazu. Chcąc wyliczyć cenę 1 m3 gazu powinien policzyć koszt zakupu 30,815 m3 gazu i podzielić wynik przez 30,815.
Wyliczenie:

Energia dostarczona w 30,815 m3 gazu: $30,815 \text{ m}^3 \times 0,011647 \text{ MWh/m}^3 = 0,3589 \text{ MWh}$ Koszt zakupu 30,815 m3 gazu: $0,3589 \text{ MWh} \times 235,12 \text{ zł/MWh} = 84,38 \text{ zł}$.
Cena 1 m3 gazu: $84,38 \text{ zł}/30,815 \text{ m}^3 = 2,738 \text{ zł/m}^3$ netto
Zatem prawidłowa dla Infratech cena gazu za 1m3 to 2,738 zł/m3 netto, a nie jak wskazał w swoich wyjaśnieniach RNC Infratech 2,106 zł/m3 netto.

Tak samo jak wyżej, cenę gazu za 1m3 dla Infratech obliczono w wyjaśnieniach Zamawiającego, gdzie wyliczono cenę właśnie 2,738 zł/m3 netto. Tyle, że z kolei Zamawiający w wyjaśnieniach źle obliczył zużycie gazu do produkcji 1 GJ ciepła, ponieważ w tych obliczeniach zastosowano ciepło spalania zamiast wartości opałowej (**Infratech z kolei zużycie gazu obliczył prawidłowo**). **Dlatego Zamawiający potwierdził cenę paliwa do wytworzenia 1 GJ ciepła w ofercie Infratech, lecz jest to działanie błędne.**

W tym miejscu jednak wskazać należy jaki błąd popełnił Zamawiający, co wyszło na jaw w treści stanowiska Zamawiającego w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający pisze tam tak:

Ilość m3 oazu do produkcji 1 GJ 1 : $0,0419 \text{ GJ/m}^3 : 93\% = 25,663 \text{ m}^3/\text{GJ}$

W tym miejscu Zamawiający popełnia błąd w obliczeniach. Aby wyliczyć zużycie paliwa należy w obliczeniach uwzględnić wartość opałową paliwa. Zamawiający w swoich obliczeniach zastosował wartość ciepła spalania, natomiast, aby prawidłowo obliczyć zużycie gazu ziemnego potrzebne do wytworzenia 1 GJ ciepła należy uwzględnić energię dostarczoną w paliwie w odniesieniu do wartości opałowej. Zgodnie z informacją Infratech zawartą w wyjaśnieniach RNC sprawność kotłów wynosi 87% i taką sprawność Infratech zastosował w swoich wyjaśnieniach. Aby prawidłowo obliczyć zużycie gazu ziemnego do wytworzenia w kotłach 1 GJ ciepła dla okresu wskazanego przez Zamawiającego tabelę parametrów gazu ziemnego Odwołujący uzupełnił o wartość opałową [uzupełnienie parametrów na podstawie danych udostępnianych przez operatora gazociągów przesyłowych Gaz System SA - dowód: **Załącznik nr 9 - SWI - System wymiany informacji - Parametry jakościowe paliwa gazowego**].

					Ciepło spalania		Wartość opałowa	
miesiąc					MJ/m3	kWh/m3	MJ/m3	kWh/m3

sie.23	24549	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	42,008	11,669	37,966	10,546
wrz.23	24865	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	42,091	11,692	38,041	10,567
paź.23	25181	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	42,088	11,691	38,034	10,565
lis.23	25498	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	42,134	11,704	38,081	10,578
gru.23	25820	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	42,016	11,671	37,969	10,547
sty.24	26140	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	41,879	11,633	37,832	10,509
lut.24	26459	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	41,929	11,647	37,890	10,525
mar.24	26781	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	41,98	11,661	37,933	10,537
kwi.24	27106	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	41,67	11,575	37,645	10,457
maj.24	27427	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	41,472	11,52	37,462	10,406
cze.24	27747	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	42,03	11,675	37,987	10,552
lip.24	28066	Gdańsk	ORCS060001	WITOMINO	41,836	11,621	37,804	10,501
Wartość średnia dla badanego okresu					41,929	11,647	37,886	10,524

Średnia wartość opałowa gazu ziemnego dla badanego okresu wynosi $37,886 \text{ MJ/m}^3 = 0,0379 \text{ GJ/m}^3$.

Na podstawie powyższych danych i wyjaśnień prawidłowe obliczenie zużycia gazu ziemnego potrzebnego do wytworzenia w kotłach 1 GJ ciepła jest następujące:

1: $0,0379 \text{ GJ/m}^3 : 0,87 = 30,329 \text{ m}^3/\text{GJ}$ (jest to wartość zbliżona do zużycia gazu potrzebnego do wytworzenia w kotłach 1 GJ ciepła wyliczonego w wyjaśnieniach RNC Infratech).

Zamawiający dalej wskazał:

Cena gazu na 1 m³

$235,12 \text{ zł/MJ} * 11,647 \text{ kWh/m}^3 : 1000 = \mathbf{2,738 \text{ zł/m}^3}$

Jest to prawidłowo obliczona cena netto 1m³ gazu na podstawie ceny za paliwo gazowe równej 235,12 zł/MWh z oferty od dostawcy gazu dla Infratech (błędnie wpisana jednostka przy cenie paliwa gazowego zł/MJ, powinno być zł/MWh).

Zamawiający wskazał:

Cena paliwa na 1 m³ gazu:

$2,738 \text{ zł/m}^3 * 25,663 \text{ m}^3/\text{GJ} = 70,27 \text{ zł/GJ}$ netto Powinno być:

$2,738 \text{ zł/m}^3 \times 30,329 \text{ m}^3/\text{GJ} = 83,04 \text{ zł/GJ}$ netto

Zamawiający ubruttował tę wartość:

$70,27 * 1,23 = 86,43 \text{ zł/GJ}$ brutto Powinno być:

$83,04 \text{ zł/GJ} \times 1,23 = 102,14 \text{ zł/GJ}$

Zamawiający obliczył opłaty dystrybucyjne:

$1,25 \text{ zł brutto/GJ} * 25,663 \text{ m}^3/\text{GJ}$ rzeczywista ilość = **32,08 zł/GJ brutto** Powinno być:

$1,25 \text{ zł/GJ (brutto)} \times 30,329 \text{ m}^3/\text{GJ} = 37,91 \text{ zł/GJ brutto}$

Zamawiający wskazał wartość końcową paliwa brutto na 1 GJ:

$86,43 + 32,08 = 118,51 \text{ zł/GJ brutto}$

Powinno być:

$102,14 \text{ zł/GJ} + 37,91 \text{ zł/GJ} = 140,05 \text{ zł/GJ (brutto)}$ - jest to cena zbliżona do prawidłowej ceny jaką Odwołujący wskazał omawiając wadliwe wyliczenie Infratech zaprezentowane w jego wyjaśnieniach RNC, gdzie jako prawidłową wskazano cenę 142,37 zł/GJ (brutto); różnica wynika z wartości opałowej przyjętej przez firmę Infratech (37,3 MJ/m³), która jest niższa niż wartość opałowa uwzględniona w odpowiedzi na odwołanie udzielonej przez Zamawiającego w dniu 01.10.2024 r.

Wartość z oferty Przystępującego 119,04 zł/GJ brutto jest znacząco niższa od wyliczeń wskazanych powyżej (o 23,33, zł/GJ w stosunku do poprawionych obliczeń Przystępującego o 21,01 zł/GJ niższa od ceny wynikającej z poprawionych obliczeń Zamawiającego).

Na podstawie powyższych obliczeń cena brutto za 1 GJ w ofercie Przystępującego powinna być wyższa o 21,01 zł/GJ, czyli powinna wynosić 181,56 zł/GJ.

Odnosząc się treści stanowiska Infratech w niniejszym postępowaniu.

Dla ułatwienia analizy błędów w obliczeniach ceny 1GJ dokonanych przez Zamawiającego Infratech załącza się zestawienie (Dowód: **Załącznik nr 10 - Porównanie kalkulacji 1GJ Zamawiającego i Infratech**).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego (na drugiej rozprawie nieobecny prawidłowo zawiadomiony o terminie) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert w Części III zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie, Izba przychyliła się do opozycji Zamawiającego (pismo z 01.10.2024 r.) i uznała brak interesu QB-Energia Sp. z o.o. w zakresie części III, niewątpliwie ten podmiot nie złożył oferty w Części III, nie jest więc Wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp. W konsekwencji ewentualne uwzględnienie odwołania nie spowoduje, że podmiot ten będzie mógł uzyskać zamówienie w tej części. W efekcie QB-Energia Sp. z o.o. nie uzyskał statusu przystępującego po stronie Odwołującego i brak jest tego podmiotu w wyroku.

Skład orzekający Izby dopuszczył w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, odpowiedzi na pytania, oferty Przystępującego dla części III, wezwania Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej m.in. w Części III, wyjaśnieniami z 23.07.2024 r. („*pismo infratech do KWP szczegółowa kalkulacja oferty*”) wraz z załącznikami (KPW Pismo przewodnie-opóźnienie dostaw /30.07.2024r./; Vancom - wyjaśnienia awarii, Debogorze, Witomino, „*opł środowiskowe*”, „*Sad Oil*”, zał. nr 1, zał. nr 2, zał. nr 3 i zał. nr 4) oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w części III.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Informacje Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) Ogłoszenie o zamówieniu nr 2024/S 114-351291;
- 3) Wezwanie Infratech do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny;
- 4) Pismo przewodnie Infratech - opóźnienie;
- 5) Wyjaśnienie Infratech rażąco niskiej ceny;
- 6) Pytania i odpowiedzi dotyczące zmiany jednostek rozliczeniowych;
- 7) Bieżący współczynnik konwersji;
- 8) Wyliczenie prawidłowych kosztów zakupu gazu oraz współczynniki konwersji;
- 9) Załącznik nr 2 do SWZ - Projekt umowy;
- 10) Załącznik nr 3 c do SWZ – OPZ.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego:

- 1) Kopie uprawnień p. P. M.;
- 2) Wydruk ze strony Tauron Polska Energia „Przeliczanie jednostek paliwa gazowego”.

Nadto, Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Oświadczenie P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „VANCOM” P.B. z dnia 30 lipca 2024 r.;
- 2) Aneks do umowy o pracę z dnia 28 czerwca 2024 r., zawartej z pracownikiem przeznaczonym przez Przystępującego do wykonywania czynności w zakresie eksploatacji (Panem Z. K.);
- 3) Aneks do umowy o pracę z dnia 1 czerwca 2008 r., zawartej z pracownikiem przeznaczonym przez Przystępującego do wykonywania czynności w zakresie dozoru i eksploatacji (Panem P. M.);
- 4) Paski wynagrodzeń pracownika przeznaczonego przez Przystępującego do wykonywania czynności w zakresie dozoru i eksploatacji (Pana P. M.) za miesiące kwiecień i czerwiec 2024 r.
- 5) Pismo Przystępującego do RZI w Gdyni z dnia 6 kwietnia 2023 r.;
- 6) Dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień dozоровych i eksploatacyjnych przez pracowników Przystępującego: A. E., P. M. oraz G. K.;
- 7) Protokoły odbioru wykonania usługi w zakresie eksploatacji systemu ciepłego w kompleksie 4108 do umowy nr 625/INFR/2022 z dnia 26 września 2022 r.;
- 8) Wyjaśnienie „Czym są ciepło spalania i wartość opałowa”;
- 9) Wyjaśnienie „Sprawność kotłów kondensacyjnych 109%? Dlaczego?”;
- 10) Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 13 stycznia 2023 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen konsumpcyjnych nośników energii w 2022 r.;

11) Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 15 stycznia 2024 r. w sprawie średniorocznego wskaźnika cen konsumpcyjnych nośników energii w 2023 r.

Ponadto, Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Odwołującego na okoliczności wskazane w piśmie:

- 1) Umowa o pracę p. M.P.;
- 2) Aneks do umowy o pracę p. M.P.;
- 3) Opłata skarbową od pełnomocnictwa dla p. M.P.;
- 4) AGH - EFEKTYWNOŚĆ ENERGETYCZNA URZĄDZEŃ GAZOWYCH;
- 5) NOTKA - AGH - ZESPÓŁ TECHNOLOGII PALIW;
- 6) NOTKA - AGH - GRZEGORZ CZERSKI;
- 7) Faktura PGNiG;
- 8) Załącznik SWI - System Wymiany Informacji - Parametry Jakościowe Paliwa
- 9) Porównanie kalkulacji 1GJ Zamawiającego i Infratech.

Izba uwzględniła również wniosek Odwołującego z rozprawy 15.10.2024 r. odnośnie powołania dowodu z opinii biegłego z zakresu ciepłownictwa, który miałby ustosunkować się do kosztu paliwa koniecznego do wytworzenia jednego GJ, czyli ciepła w kotłach, w kontekście także wyliczeń przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz w piśmie procesowym Infratech. Wskazując, że zakres materiału udostępnionego biegłemu wchodzi dokumentacja postępowania, w tym specyfikacja z załącznikami, oferta złożona przez Przystępującego jak również wyjaśnienia ceny rażąco niskiej Infratech, jak również odwołanie z wyliczeniami, jak i pisma złożone w sprawie. Jednocześnie Izba wyznaczyła biegłemu termin na sporządzenie opinii, tj. miesiąc od dnia powołania.

Izba zobowiązała strony oraz Przystępującego w dniu 17.10.2024 r. do przedstawienia konkretnych pytań biegłemu. Przystępujący przedstawił pytania – 28.10.24 r., Zamawiający – 25.10.2024 r., a Odwołujący – 28.10.2024 r. W dniu 10.12.2024 r. (zarządzenie Prezesa KIO z 07.01.2025 r. odnośnie terminu) Izba wydała postanowienie o powołaniu Pana **dr inż. J. N.** wpisanego na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie z dziedziny **instalacji budowlanych, urządzeń ciśnieniowych i spawalnictwa** w charakterze biegłego w celu wydania opinii w przedmiocie: ciepłownictwa, w ramach której miałby ustosunkować się do kosztu paliwa koniecznego do wytworzenia jednego GJ, czyli ciepła w kotłach, w kontekście także wyliczeń przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz w piśmie procesowym Przystępującego (Infratech) *„(opinia ma udzielić odpowiedzi na załączone pytania – „pytania do opinii”)”*./

na podstawie następującej dokumentacji: dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji z załącznikami, wraz z zapytaniami wyjaśnieniami zmianami SWZ, oferty złożonej przez Przystępującego (Infratech), jak również wyjaśnień ceny rażąco niskiej Przystępującego (Infratech) z załącznikami, jak również odwołaniem z wyliczeniami, jak i pismami złożonymi w sprawie o sygn. akt: KIO 3431/24 oraz protokołem z rozprawy z 15.10.2024 r.

Biegłemu zadano tylko pytania dopuszczone przez skład orzekający Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 3431/24 z pośród pytań przesłanych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, tj: *1) Czy do obliczenia kosztu zakupu opału jako elementu składowego kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej, Infratech powinien być uwzględniony, a jeżeli tak, to czy prawidłowo uwzględnił:*

a) wartość opałową gazu;

b) sprawność kotłów;

c) współczynnik konwersji (ciepło spalania) ?;

2) Czy wyliczenia kosztu zakupu opału jako elementu składowego kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej wskazane przez Infratech i Zamawiającego:

a) w identyczny sposób uwzględniły wartość opałową, sprawność kotłów, współczynnik konwersji (ciepło spalania);

b) uwzględniły taką samą metodologię obliczeń, tj. czy każda z nich prawidłowo uwzględniła wartość opałową gazu, sprawność kotłów i współczynnik konwersji;

c) mimo, iż wykazują w wartości końcowej zbliżony wynik, czy mogą być porównywane skoro w działaniach arytmetycznych każdy podmiot wyliczył inną ilość paliwa w m³ wymaganą do wytworzenia 1GJ energii cieplnej, tj. Infratech – 31m³ a Zamawiający 25,663 m³, oraz w konsekwencji wyliczył inną cenę paliwa za 1 m³, tj. Infratech 2,106 zł/m³ netto a Zamawiający 2,738 zł/m³ netto ?;

3) Czy Infratech prawidłowo skalkulował koszt zakupu opału jako element składowy kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej, a w konsekwencji cenę 1GJ w ogóle ?;

4) Jaka powinna być wartość (prosimy o dokonanie obliczenia z pokazaniem jego wyniku w złotych/1GJ) kosztu zakupu opału Infratech jako elementu składowego kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej [a także jakie powinny być inne wartości niżej wylistowane w lit. a) – b)] biorąc pod uwagę zastosowanie przez Biegłego wszelkich wymaganych elementów w tym zakresie, w tym określonych mocą dokumentacji przetargowej, przepisów prawa, oraz zasad sztuki, bądź inne okoliczności czy parametry, w szczególności dane wynikające z odpowiedzi Biegłego na powyższe pytania, z uwzględnieniem: współczynnika konwersji o wartości 11,647 kWh/m³ (jeżeli Biegły uzna, iż należało go zastosować – wartość ta została

wskazana przez Zamawiającego w swoim stanowisku, która jest de facto zbieżna z wartością podaną przez Odwołującego – 11,646 kWh/m³, a drobna różnica wynika z dłuższego okresu przyjętego do obliczenia średniej przez Odwołującego) oraz wartości przyjętych przez Infratech w swojej kalkulacji wskazanej w materiale dowodowym, tj.: wartości opałowej (37,3 MJ/m³), sprawności kotłów (87%), ceny paliwa (235,12 zł/MWh netto) oraz kosztu przesyłu i dystrybucji paliwa gazowego (1,25 zł/m³ brutto), a także prośba o wskazanie przez Biegłego prawidłowych:

a) ceny zł/m³ gazu brutto jako część ceny 1GJ energii cieplnej (chodzi o prawidłową wartość, albowiem zdaniem Odwołującego Infratech w wyjaśnieniach datowanych na dzień 23 lipca 2024 r. błędnie je określił na 2,106 zł/m³ + VAT 23% = 2,59 zł/m³ brutto);

b) kosztu zakupu opału pokazanego jako wartość zł/1GJ brutto [tj. (wartość jaką Biegły wyliczy w lit. a) powyżej + kosztu przesyłu i dystrybucji paliwa gazowego - 1,25 zł/m³ brutto) x ilość paliwa koniecznego do wytworzenia w kotłach 1 GJ energii cieplnej ?];

5) Jakie są sposoby wyliczenia (aktualne oraz historyczne) ceny zakupu paliwa gazowego niezbędnego do wyprodukowania 1 GJ energii w systemie ciepłym od źródła ciepła łącznie z grzejnikami kotłowni nr 10 w Gdyni przy ul. Strażackiej 2-8?'/.

Sporządzona opinia biegłego z 27.01.2025 r. (pisemna opinia biegłego z 27.01.2025 r.) została przekazana pismem z tego dnia stronom i uczestnikowi postępowania odwoławczego wraz z informacją o dostarczeniu w terminie do 07.02.2025 r. nie więcej niż dwóch pytań, na które biegły odpowie podczas rozprawy. W tym terminie wpłynęły de facto trzy pytania Przystępującego (07.02.2025 r.) oraz pismo Odwołującego (06.02.2025 r.) popierające opinie biegłego z dnia 27.01.2025 r.

Podczas rozprawy z udziałem biegłego 13.03.2025r. (dodatkowa ustna uzupełniająca opinia biegłego) - biegły oświadczył, że podtrzymuje w całości opinię pisemną z dnia 27.01.2025 r. Biegły potwierdził zapoznanie się z całym zgromadzonym materiałem dowodowym, w tym wszystkimi dokumentami przekazanymi będącymi podstawą wydania opinii. Udzielił odpowiedzi na pytanie 1 i 2, które zadał Przystępujący pismem z 07.02.2025 r., dot. pisemnej opinii z 27.01.2025 r. Odpowiadając na pytanie 1 przesłane przez Przystępującego - "Jaki jest wg biegłego faktyczny parametr sprawności wytwarzania ciepła w kotłach ze wskazaniem jego wartości minimalnej i maksymalnej wzięwszy pod uwagę wiek kotłów, czas ich pracy oraz parametry techniczne wskazane przez Zamawiającego w treści swz ?" odpowiada - Nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi, jedyna możliwość w celu ustalenia sprawności ciepła w kotłach, jest to pomiar tak, jak podnosił w swojej pisemnej opinii. Izba również zalicza w poczet tej odpowiedzi nieco bardziej rozbudowaną wersję odpowiedzi, lecz będącą de facto w swej treści identyczną, przesłaną do Izby 18.02.2025 r. Pytanie nr 2 "Przy jakiej faktycznej sprawności wytwarzania ciepła w kotłach, cena wskazana przez Przystępującego jako koszt jednego GJ energii, tj. 119.04 PLN/GJ byłaby cena właściwa ?" - odpowiedź "Manewrowanie wartością wytwarzania ciepła jest przejawem nieprawidłowej, zdaniem autora metodyki, jeżeli jednak Przystępujący chciałby się dowiedzieć, to należy zastosować metodykę opisaną wzorem od 11 do 18 w dowolnym arkuszu kalkulacyjnym".

Odnosnie pytania nr 3 Izba uchyliła (Czy łączna cena 1GJ energii zaoferowana Zamawiającemu przez Przystępującego - wedle stanu na dzień złożenia oferty /tj. 15.07. 2024 r./ - tj. cena 160, 55 zł brutto/GJ stanowi cenę odpowiadającą warunkom rynkowym obowiązującym na tynku paliw gazowych w powyższym okresie i pozwalającą na zrealizowanie zamówienia publicznego określonego w treści SWZ ?) pytanie, w ocenie składu orzekającego Izby wykracza ono poza zakres sporządzonej przez biegłego opinii (poza tym Izba ograniczyła możliwość zadawania pytań do dwóch). Izba uznała dowód z pisemnej opinii biegłego z dnia 27.01.2025 r. za wiarygodny, wyczerpujący i nie budzący wątpliwości. Podobnie, dodatkową ustną uzupełniającą opinię biegłego z rozprawy z 13.03.2025 r. (wersja pisemna odpowiedzi z 18.02.2025 r.).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, pisma procesowego Odwołującego, pisma procesowego Przystępującego złożone na rozprawie (15.10.2024 r.), pisemnej opinii biegłego z 27.01. 2025 r., pisma Odwołującego z 06.02.2025r., dodatkowej ustnej uzupełniającej opinii biegłego z rozprawy z 13.03.2025 r. (wersja pisemna odpowiedzi z 18.02.2025 r.), jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego (nieobecny na rozprawie 13.03.2025 r. mimo prawidłowego zawiadomienia) złożone ustnie do protokołu.

Izba oddalił również postanowieniem wnioszek Przystępującego z 13.03.2025 r. przesłany po zamknięciu rozprawy w dniu 13.03.2025 r. o ponowne otwarcie rozprawy, jak i uchylenie postanowienia w przedmiocie odroczenia ogłoszenia orzeczenia i o ponowne wyznaczenie terminu rozprawy w sprawie o sygn. akt: KIO 3431/24, celem powtórzenia czynności procesowych dokonanych podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 13 marca 2025 r., godz. 10:00 – po uprzednim prawidłowym oraz skutecznym w świetle prawa doręczeniu zawiadomienia o powyższej rozprawie. Postanowienie zostało przesłane do stron oraz uczestnika postępowania, zostało także dołączone do akt postępowania.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień Infratech w zakresie rażąco niskiej ceny mimo, iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone

w art. 224 Ustawy PZP, oraz uznanie iż Infratech złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w terminie lub z uzasadnionym jego przekroczeniem, i zaniechanie odrzucenia oferty Infratech oraz dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo tego, iż powyższe powoduje, że cena oferty Infratech jest rażąco niska;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infratech mimo, iż wykonawca złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny po terminie oraz mimo, iż wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, a zatem Infratech złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę i w konsekwencji zaniechań dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 2) u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. polegającym na sprzedaży usług i towarów poniżej kosztów ich świadczenia/wytworzenia, co również stanowi działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także stanowi naruszenie interesu Odwołującego, innych wykonawców oraz Zamawiającego;

4. art. 16 Ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez brak odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, pomimo zaistnienia okoliczności wskutek których oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, również z tego powodu, iż pomimo żądania przez Zamawiającego od Infratech wyjaśnienia oraz udowodnienia, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający nie wykonał prawidłowej weryfikacji wyjaśnień i dowodów, nie uzyskał wystarczających informacji i dowodów, aby uznać iż cena nie jest rażąco niska, a wręcz uzyskał informacje i dowody wskazujące, iż cena jest rażąco niska, a także przyjął wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Infratech po terminie;

5. art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż nie była zgodna z warunkami zamówienia, tj. Wykonawca przeznaczył do realizacji Zamówienia nie dwie osoby na stanowiskach odpowiednio eksploatacja oraz eksploatacja i dozór, lecz jedną osobę do eksploatacji a drugą wyłącznie do dozoru na 1/10 etatu;

6. art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP poprzez brak odrzucenia oferty Infratech i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo, iż zawierała ona błąd w obliczeniu ceny, tj. Wykonawca przeznaczył do realizacji Zamówienia nie dwie osoby na stanowiskach odpowiednio eksploatacja oraz eksploatacja i dozór, lecz jedną osobę do eksploatacji a drugą wyłącznie do dozoru na 1/10 etatu, zatem nie przyjął do skalkulowania ceny ofertu całego wymaganego zakresu;

7. art. 224 ust. 1 oraz ust. 5 i 6 Ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy oraz PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) Ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1233) [dalej u.z.n.k.] i art. 15 ust. 1 pkt 1) u.z.n.k. oraz art. 16 Ustawy PZP w zw. z § 38 Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (t.j. Dz.U. 2021 poz. 280 z późn. zm.) w zw. z art. 46 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. 2024 poz. 266 z późn. zm.) poprzez brak odrzucenia oferty Infratech pomimo, iż w kalkulacji ceny ofertowej nie uwzględnił wymaganego przepisami prawa współczynnika konwersji co dało błędną stawkę za 1 GJ i błędnie skalkulowaną cenę.

/Pierwszy zarzut faktyczny - Złożenie wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, z przekroczeniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego; Drugi zarzut faktyczny – Niegodna z treścią dokumentów ilość osób {i wymiar ich pracy} planowanych do realizacji zamówienia przez Przystępującego; Trzeci zarzut faktyczny – nieuwzględnienie w wycenie oferty „współczynnika konwersji”; Czwarty zarzut faktyczny – Nieuwzględnienie w wycenie kosztów pracowniczych {świadczeń urlopowych w odpowiedniej wysokości, materiałów eksploatacyjnych, środków czystości, badań lekarskich, ubrań roboczych, wody dla pracowników}; Piąty zarzut faktyczny – Przyjęcie do wyceny zbyt małego zapotrzebowania na energię elektryczną/.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, pisma procesowego Odwołującego, pisma procesowego Przystępującego złożonego na rozprawie (15.10.2024 r.). Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. Biegły udzielił w pisemnej opinii z 27.01.2025 r. następujących odpowiedzi: /Wnioski/

„Pytanie 1

Czy do obliczenia kosztu zakupu opału jako elementu składowego kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej, Infratech powinien był uwzględnić, a jeżeli tak, to czy prawidłowo uwzględnił:

- 1) wartość opałową gazu
- 2) sprawność kotłów
- 3) współczynnik konwersji (ciepło spalania)

Odpowiedź

1. Do obliczenia kosztów energii cieplnej Infratech nie powinien być uwzględnąć wartości opałowej gazu, tak jak to zostało zrobione. Wartość opałowa jest przydatna tylko w celu prawidłowego wyliczenia sprawności wytwarzania kotłów, czego Infratech nie zrobił. Prawidłowe użycie parametru wartości opałowej pokazano we wzorze 4 punkcie 4.4.1.

2. Do obliczenia kosztów energii cieplnej Infratech powinien być uwzględnąć sprawność wytwarzania energii cieplnej w kotle wodnym niskoparametrowym. Przyjęta wartość 87% jest realistyczna, ale dalsze użycie tej zmiennej było nieprawidłowe. Uzasadnienie w punkcie 4.1.1 i 4.3.

3. Do obliczenia kosztów energii cieplnej Infratech powinien być uwzględnąć współczynnik konwersji, ale nie wykonał tego zgodnie z zasadami przedstawionym algorytmie pokazanym

w § 21. Pkt.2 rozporządzenia Dz.U. 2018 poz. 640 / 1 / - patrz wzór 2.

Pytanie 2

Czy wyliczenia kosztu zakupu opału jako elementu składowego kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej wskazane przez Infratech i Zamawiającego:

1) w identyczny sposób uwzględniły wartość opałową, sprawność kotłów, współczynnik konwersji (ciepło spalania)

2) uwzględniły taką samą metodologię obliczeń, tj. czy każda z nich prawidłowo uwzględniła

wartość opałową gazu, sprawność kotłów i współczynnik konwersji

3) mimo, iż wykazują w wartości końcowej zbliżony wynik, czy mogą być porównywane, skoro w działaniach arytmetycznych każdy podmiot wyliczył inną ilość paliwa w m³ wymaganą do wytworzenia 1GJ energii cieplnej, tj. Infratech – 31m³ a Zamawiający 25,663 m³, oraz w

konsekwencji wyliczył inną cenę paliwa za 1 m³, tj. Infratech 2,106 zł/m³ netto a Zamawiający

2,738 zł/m³ netto

Odpowiedź

1. Nie. Zamawiający nie używał wartości opałowej w swoich wyliczeniach podanych w piśmie z dnia 1.10.2024 "Odpowiedź KPWG na odwołanie do KIO". Infratech nie używał współczynnika konwersji zgodnie z zasadami przedstawionym w algorytmie pokazanym w §

21. pkt.2 rozporządzenia Dz.U. 2018 poz. 640 / 1 /. Obie strony używały sprawność wytwarzania energii cieplnej w kotłach w błędny sposób.

2. Żadna ze stron nie użyła prawidłowej i zgodnej ze sztuką inżynierską metodologii:

a. Obie strony użyły identycznej, ale błędnej wartości sprawności wytwarzania ciepła w kotłach. Wartość opałowa i współczynnik konwersji zostały użyte w różny sposób. Prawidłowy sposób użycia sprawności jest opisane w punkcie 4.1.1, a praktyczne użycie we wzorze 4.

b. Wartość opałowa może być tylko wykorzystywana w celu prawidłowego wyliczenia sprawności wytwarzania energii cieplnej w kotłach, czego żadna ze stron nie wykonała. Zamawiający prawidłowo wyliczył i użył współczynnik konwersji. Żadna ze stron nie wyliczyła prawidłowo sprawności wytwarzania energii cieplnej w kotłach.

c. Wyniki nie mogą być porównywane mimo ponieważ zostały uzyskane w błędny sposób.

Zbieżność rezultatów obliczeń jest przypadkowa. Uzasadnienie dotyczące kalkulacji Infratechu zostało przedstawione punkcie 4.3. Uzasadnienie dotyczące kalkulacji Zamawiającego zostało przedstawione 4.4.

Pytanie 3

Czy Infratech prawidłowo skalkulował koszt zakupu opału jako element składowy kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej, a w konsekwencji cenę 1GJ w ogóle.

Odpowiedź

Nie. Kalkulacja jest błędna. Uzasadnienie w punkcie 4.3

Pytanie 4

Jaka powinna być wartość (prosimy o dokonanie obliczenia z pokazaniem jego wyniku w złotych/1GJ) kosztu zakupu opału Infratech jako elementu składowego kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej [a także jakie powinny być inne wartości niżej wylistowane w lit. a) – b)] biorąc pod uwagę zastosowanie przez biegłego wszelkich wymaganych elementów w tym zakresie, w tym określonych mocą dokumentacji przetargowej, przepisów prawa, oraz zasad sztuki, bądź inne okoliczności czy parametry, w szczególności dane wynikające z odpowiedzi biegłego na powyższe pytania, z uwzględnieniem: współczynnika konwersji o wartości 11,647 kWh/m³ oraz wartości przyjętych przez Infratech w swojej kalkulacji wskazanej w materiale dowodowym, tj.: wartości opałowej (37,3 MJ/m³), sprawności kotłów (87%), ceny paliwa (235,12 zł/MWh netto) oraz kosztu przesyłu i dystrybucji paliwa gazowego (1,25 zł/m³ brutto).

Także prosba o wskazanie prawidłowych:

a) ceny zł/m³ gazu brutto jako część ceny 1GJ energii cieplnej (chodzi o prawidłową wartość,

albowiem zdaniem Odwołującego Infratech w wyjaśnieniach datowanych na dzień 23 lipca 2024 r. błędnie je określił na 2,106 zł/m³ + VAT 23% = 2,59 zł/m³ brutto)

b) kosztu zakupu opału pokazanego jako wartość zł/1GJ brutto [tj. (wartość jaką biegły wyliczy

w lit. a) powyżej + kosztu przesyłu i dystrybucji paliwa gazowego - 1,25 zł/m³ brutto) x ilość paliwa koniecznego do wytworzenia w kotłach 1 GJ energii cieplnej]

Odpowiedź

Koszt zakupu opału Infratechu dla przedstawionych w pytaniu danych wynosi **140.11 PLN/GJ**.

Uzasadnienie w punkcie 4.4.1, a wartość we wzorze 10.

Odnosnie a): Cena brutto gazu jako składnika ceny jednostki energii wynosi **140.11 PLN/GJ**

zgodnie z wzorem 18 użytym w punkcie 4.6.

Odnosnie b): Prawidłowy koszt zakupu opału został wyznaczony dla sprawności wytwarzania ciepła w kotłach 87% i wynosi **140.11 PLN/GJ**. Uzasadnienie w punkcie 4.6.

Przyjęcie innej wartości sprawności zmieni tą kwotę według zależności: każdy jeden procent zmiany o sprawności bazowej powodują zmianę ceny jednostki energii o około 1,2 %. Uzasadnienie w punkcie 4.6.1.

Pytanie 5

Jakie są sposoby wyliczenia (aktualne oraz historyczne) ceny zakupu paliwa gazowego niezbędnego do wyprodukowania 1 GJ energii w systemie ciepłym od źródła ciepła łącznie z grzejnikami kotłowni nr 10 w Gdyni przy ul. Strażackiej 2-8."

Odpowiedź

Cena zakupu paliwa gazowego jest kontrolowana w skali całego kraju przez URE zgodnie z ustawą Prawo Energetyczne / 2 /, a taryfy są publikowane w stosownym biuletynie 1. Poszczególni dostawcy paliwa gazowego tacy jak Enefit Sp. z o.o. budują swoją ofertę rynkową kupując gaz od PSG z uwzględnieniem wytycznych i pod kontrolą URE 2 3 4. Na okoliczność realizacji zamówienia oferta Enefit Sp. z o.o. na sprzedaż gazu wyniosła 235,12 PLN/MWh. Innym słowy ceny zakupu paliwa gazowe się nie wylicza, ale otrzymuje w formie oferty.

Odnosnie do historycznych cen zakupu paliwa gazowego to można je prześledzić w archiwach przedsiębiorstw zajmujących się dystrybucją gazu 5, lecz dla meritum sporu nie ma to żadnego znaczenia. Sposób określenia ceny sprzedaży paliwa gazowego został omówiony w punkcie 4.5.". Odpowiedzi biegłego w ramach dodatkowej ustnej uzupełniającej opinia biegłego - udzielone na rozprawie w dniu 13.03.2025 r. zostały przytoczone powyżej we wcześniejszej części uzasadnienia (ich wersja pisemna z 18.02.2025 r.).

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu: „Złożenie wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, z przekroczeniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego”, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Okolicznością bezsporną jest fakt złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z przekroczeniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego. Jednakże, Przystępujący uzasadniając zaistniałe opóźnienie i brak winy w jego spowodowaniu, wskazał na mające miejsce awarię techniczną routerów brzegowych i przedstawił na tę okoliczność dowód (oświadczenia VANCOM z 30.07.2024 r.).

Izba wzięła pod uwagę, że zaistniałe opóźnienie nastąpiło na skutek okoliczności niezależnych od Przystępującego (przyczyny miały charakter obiektywny). Nadto, że przedstawiono oświadczenie administratora sieci teleinformatycznej obsługującej Przystępującego. Istotne jest również, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dokumenty do nich dołączone zostały opatrzone podpisem elektronicznym w czasie przed godziną wyznaczoną przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego: „Niegodna z treścią dokumentów ilość osób {i wymiar ich pracy} planowanych do realizacji zamówienia przez Przystępującego”, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Należy w tym zakresie podzielić argumentację Zamawiającego i Przystępującego. Zamawiający wskazał bowiem, jedynie w umowie, że realizacja ma odbywać się przy udziale 2 osób o określonych uprawnieniach. W żadnym postanowieniu umowy, czy też SWZ Zamawiający nie wymagał aby pracownik na stanowisku eksploatacji oraz pracownik na stanowisku dozoru i eksploatacji świadczyli pracę w pełnym wymiarze. Stanowisko Odwołującego jest jedną z interpretacji postanowień umowy przyjętych przez niego. Izba uznała, że wobec braku jednoznacznego wymogu w tym zakresie istniejące wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść Przystępującego.

Względem zaś tego, że osoba wskazana w wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej do dozoru, Izba uznała, że tak Zamawiający, jak i Przystępujący wykazali, że założona osoba, ma uprawnienia nie tylko do dozoru, ale także eksploatacji. Nadto, wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie negował, iż uprawnienia do dozoru są uprawnieniami wyższego rzędu w stosunku do uprawnień dotyczących eksploatacji. Poza tym, osoba wskazana w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny z imienia i nazwiska (której dotyczy spór) była osoba, która dotychczas realizowała ten zakres zamówienia w tej części, w konsekwencji Zamawiający miał wiedzę, że ma ona uprawnienia nie tylko do dozoru, ale i eksploatacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego: „Nieuwzględnienie w wycenie oferty „współczynnika konwersji”, Izba uznała w/w zarzut

za podlegający uwzględnieniu.

W zakresie tego zarzutu dopuszczono dowód z opinii biegłego w przedmiocie ciepłownictwa, w ramach której biegły miał ustosunkować się do kosztu paliwa koniecznego do wytworzenia jednego GJ, czyli ciepła w kotłach, w kontekście także wyliczeń przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz w piśmie procesowym Przystępującego. Z opinii biegłego z 27.01.2025 r. wynika jednoznacznie, iż Przystępujący w obliczeniach kosztu opału do wytworzenia 1 GJ energii cieplnej powinien uwzględnić współczynnik konwersji, ale tego nie uczynił w sposób prawidłowy (wnioski pkt 3, odpowiedź nr 3 na pytanie 1, także odpowiedź nr 1 na pytanie 2). W konsekwencji biegły jednoznacznie przesadził, iż ten współczynnik konwersji powinien być uwzględniony przez Przystępującego, czego ten nie zrobił. W rezultacie nie potwierdziło się stanowisko Przystępującego, że miało to miejsce, choć nie wprost. Jednocześnie, Izba uznaje, za absurdalną tezę Przystępującego z rozprawy z 15.10.2024 r. (podobnie w piśmie procesowym z 14.10.2024 r., jak i 15.10. 2024 r.), że skoro Zamawiający nie wymagał przedstawienia współczynnika konwersji, to jego brak jest bez znaczenia, bo Zamawiający oczekiwał jedynie wyliczenia w zakresie kosztów 1 GJ. Niewątpliwie bowiem prawidłowe składniki danego wyliczenia prowadzą do prawidłowego wyniku. Brak współczynnika konwersji którego konieczność wynika z Rozporządzenia Ministra Energii z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi (biegły wskazał na wzór z § 21 pkt 2) w sposób istotny zaburza ostateczny wynik.

Dodatkowo, Izba zgadza się z biegłym że tak Przystępujący, jak i Zamawiający w swoich stanowiskach nie stosowały prawidłowej metodologii obliczeń kosztu zakupu opału do wytworzenia 1GJ ciepła, a zbieżność wyników uzyskanych w ich obliczeniach jest przypadkowa (odpowiedź nr 2 c na pytanie 2). Biegły również stwierdził, że Zamawiający w swoich wyliczeniach podanych w odpowiedzi na odwołanie nie używał wartości opałowej (odpowiedź nr 1 na pytanie 2). Biegły także stwierdził, że Przystępujący nieprawidłowo wykonał kalkulację kosztu opału jako elementu składowego kalkulacji ceny 1 GJ energii cieplnej, a w konsekwencji nieprawidłowo skalkulował cenę 1 GJ ciepła (odpowiedź na pytanie 3). Biegły przedstawił w tym zakresie uzasadnienie w pkt 4.3. Koszt opału koniecznego do wytworzenia 1GJ ciepła biegły określił na 140,11zł/GJ brutto, czyli wartość ta powinna być wyższa od przedstawionej przez Przystępującego w wyjaśnieniach (o 21,07 zł/GJ brutto, czyli o 17,7 %). Izba w tym zakresie zgadza się, że stanowiskiem Odwołującego z jego pisma z 06.02.2025 r. Przedstawiony wynik (koszt zakupu opału potrzebny do wytworzenia 1 GJ energii cieplnej) – 140, 11 zł/GJ brutto jest identyczny (jak słusznie zauważył Odwołujący w swoim piśmie z 06.02.2025 r.) z wartością Odwołującego z załącznika nr 10 do stanowiska Odwołującego z 14.10.2024 r. /poprawione obliczenia ze stanowiska Zamawiającego z uwzględnieniem sprawności kotłów 87%/.

W konsekwencji zostały naruszone wszystkie przepisy wskazane w tym zakresie w odwołaniu, zwłaszcza mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny przez nieuwzględnienie wszystkich elementów kosztotwórczych wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, nie uwzględniono współczynnika konwersji, co dało błędną stawkę 1 GJ i błędnie skalkulowaną cenę.

Odnośnie zarzutu czwartego: „Nieuwzględnienie w wycenie kosztów pracowniczych (świadczeń urlopowych w odpowiedniej wysokości, materiałów eksploatacyjnych, środków czystości, badań lekarskich, ubrań roboczych, wody dla pracowników)”, Izba uznała w/w zarzut za oddalenie.

W tym zakresie, należy zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym, że wezwaniem w zakresie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej nie obejmowało wprost wezwania do wyjaśnienia w tym zakresie. W konsekwencji, brak ich wyjaśnienia, wobec braku wezwania nie może być podstawą do twierdzenia, że oferta w tym zakresie jest cena rażąco niską (przedwczesne). Można byłoby rozważyć, co najwyżej dopytanie w tym zakresie. W takiej sytuacji Przystępujący miałby możliwość przedstawienia dodatkowych wyjaśnień np. takich jakie przedstawił w piśmie procesowym Przystępujący z 04.10.2024 r. (str. 15).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu piątego: „Przyjęcie do wyceny zbyt małego zapotrzebowania na energię elektryczną”, Izba uznała w/w zarzut za oddalenie.

Względem przyjętej przez Przystępującego ilości zapotrzebowania na energię elektryczną (zbyt małego), w tym wypadku, Izba wzięła pod uwagę, że wartość wynikająca z załącznika nr 3 c do SWZ miała charakter szacunkowy: „około”. Dodatkowo, Izba uwzględniła, że Przystępujący realizował zamówienia dla tej części od 2015 r. Wobec powyższego przyjęta wartość przez Przystępującego wynikała z wiedzy jaka dysponował w wyniku realizacji zamówienia. Przy czym, za rozstrzygające Izba uznała, iż racje ma Zamawiający, że wszelkie ryzyko, gdyby wartość zużycia była większa ponosi Przystępujący. Jednocześnie wartość z tego tytułu podana przez Odwołującego ma wartość marginalną dla wyceny całej oferty Przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a i b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji. Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego

na rzecz Odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, kwotę 169, 00 zł tytułem dojazdu pełnomocnika Odwołującego na I termin rozprawy, kwotę 169,00 zł tytułem dojazdu pełnomocnika Odwołującego na II termin rozprawy, kwotę 928,00 zł poniesioną przez Odwołującego tytułem noclegu w ramach II terminu rozprawy, czyli łącznie 19 866, 00 zł - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 5 zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b i c Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołani z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Ponieważ koszty z tytułu wynagrodzenia biegłego w kwocie 5 000 zł 00 gr poniósł tymczasowo Urząd Zamówień Publicznych Izba nakazała Zamawiającemu wpłatę na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych ww. kwoty.

Jednocześnie Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionego zarzutu, jego waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim uwzględniony zarzut Odwołującemu daje szansę na osiągnięcie celu wynikającego z wniesionego odwołania. Odwołujący skutecznie podważył dokonaną ocenę oferty Przystępującego i wybór jego oferty przez Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....