

WYROK
z dnia 25 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska KPW mgr inż. W. K. w Konopnicy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Lubelskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TERMORES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie i PRESYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „WAMACO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Heatco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska KPW mgr inż. W. K. w Konopnicy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Lubelskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa preizolowanej sieci ciepłowniczej oraz remonty sieci ciepłowniczej na terenie miasta Lublin.” (nr ref.NZ5-3113-4-3071-676,677,678/20). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 listopada 2020 r. pod numerem 2020/S 222-546617. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29 kwietnia 2021 r. wykonawca W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska KPW mgr inż. W. K. w Konopnicy (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu w zakresie zadania nr 1 i 3, formułując następujące zarzuty i wnosząc odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami ustawy czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na naruszeniu art. 90 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. Z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, która nie zawierała rażąco niskiej ceny, a nadto naruszono zasadę równego traktowania wykonawców i dyspozycję art. 90 ust.1 ustawy Pzp;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jako sprzecznej z SIWZ, pomimo iż oferta ta pozostaje w zgodzie z SIWZ, co potwierdził sam wykonawca w piśmie z dnia 7 kwietnia 2021 r., a nieuprawnione wnioski Zamawiającego, wynikają wyłącznie z:
 - a) żądania przez Zamawiającego, wyjaśnień dot. treści oferty w trybie zastrzeżonym do badania rażąco niskiej ceny i na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, które to żądania nie odnosiły się wcale do zagadnień cenowych lecz przedmiotu zamówienia,
 - b) art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzanie modyfikacji SIWZ po złożeniu ofert, w szczególności w zakresie określania sposobu równoważności rozwiązań technicznych, dopuszczonych w SIWZ (projekt oraz wytyczne do projektowania obowiązujące u Zamawiającego), bez szczegółowego opisu, jak równoważność ta będzie oceniana;
3. niezgodnej z przepisami ustawy czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na naruszeniu art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez

odrzucenie oferty Odwołującego (bez wskazania szczegółowej podstawy prawnej), z uzasadnieniem, że jej złożenie miało rzekomo stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, pomimo iż oferta jest zgodna z regułami uczciwej konkurencji,

4. niezgodnej z przepisami ustawy czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór w dniu 26 kwietnia 2021 r. oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 i 3, tj. odpowiednio oferty konsorcjum firm TERMORES sp. z o.o. sp. k, z siedzibą w Rzeszowie i PRESYSTEM sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Rzeszowie (zadanie 1), oraz konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie oraz Haetco sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zadanie 3), pomimo iż ww. Konsorcja nie złożyły ofert najkorzystniejszych w ww. zadaniach albowiem uczynił to Odwołujący,
5. zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy, w postaci:
 - a) wezwania Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty,
 - b) ponownego wezwania Odwołującego i innych Wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że Zamawiający czynnością z dnia 16 kwietnia 2021 r. wyrażoną w piśmie pt. „Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia ofert” zobowiązał się do dokonania ponownego badania i oceny ofert. W zakresie badania ofert mieści się wyjaśnienie rażąco niskiej ceny. Zamawiający tych czynności powtórnie nie dokonał czym naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 1 i 3, unieważnianie czynności wezwania Odwołującego w dniu 16 marca 2021 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, nieodnoszących się do składników cenotwórczych, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1 i 3, dokonanej w dniu 26 kwietnia 2021 r. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, względnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zaistniałe w postępowaniu nieprawidłowości będące skutkiem działań i zaniechań Zamawiającego stanowią niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - rysunek poglądowy wraz porównaniem rozwiązania wycenionego z rozwiązaniem, którego domaga się Zamawiający, na okoliczność tożsamości wycenionych rozwiązań technicznych

z wymaganiami SIWZ, projektu, wytycznych LPEC S.A. oraz o przeprowadzenie dowodu z wytycznych LPEC S.A. na okoliczność dopuszczalności zastosowanych rozwiązań technicznych i materiałów. Wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie złożonej na rozprawie faktury VAT.

Odnosząc się do stanu faktycznego Odwołujący podkreślił, że Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, co stosownie do brzmienia art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp oznacza możliwość zaproszenia do składania ofert jedynie wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Do ważności oferty Odwołującego, w zakresie zgodności z SIWZ, ceny jak i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń, skoro zaprosił go do udziału w aukcji elektronicznej. Zgodnie z SIWZ cena miała charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie wymagał składania, przedstawienia szczegółowych rozwiązań technicznych, które zdawałoby się, że są oczywiste, i na tym etapie realizacji postępowania nie mają znaczenia. Dotychczasowa współpraca Odwołującego z Zamawiającym przy realizacji tego typu zadań i błędów w projekcie, polegała na tym iż wykonawca wykonywał czynności zgodne wytycznymi LPEC S.A. pod nadzorem Inspektora LPEC S.A. Powyższe wynika z treści SIWZ i dokumentacji postępowania. Odwołujący wskazał, iż został przez Zamawiającego wezwany do przedstawienia szczegółowego kosztorysu, zawierającego wyspecyfikowanie każdej pozycji wyceny, zwracając uwagę, że uczyniono to wyłącznie (zadanie nr 3) w odniesieniu do oferty Odwołującego z naruszeniem zarówno reguł równego traktowania wykonawców, jak i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp., w zakresie w jakim został on poddany wykładni przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Składając kosztorys, Odwołujący wskazał Zamawiającemu na ww. opinię. Następnie Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dniu 16 marca 2021 r. ponownie wezwał go do złożenia wyjaśnień podając jako podstawę art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w istocie Zamawiający zadał jednak pytania nieodnoszące się w ogóle do kwestii ceny, a jedynie do sposobu realizacji zamówienia. W dniu 7 kwietnia 2021 r. Odwołujący złożył oświadczenia, że jego oferta jest zgodna z SIWZ oraz zwrócił Zamawiającemu uwagę, przywołując stosowne orzecznictwo KIO na niedopuszczalność mieszania trybu wyjaśnień treści oferty z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny wskazując na skutki takiego błędu proceduralnego. W dniu 16 kwietnia 2021 r. Zamawiający około godziny 12:20 najpierw zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 1 i 3 oraz wyborze w tych zadaniach ofert. Później około godziny 14:40 umieścił pismo unieważniające czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia ofert nie zawierające podstaw prawnych i faktycznych takiego działania z wyjątkiem lakonicznego oświadczenia o popełnieniu omyłki. W piśmie tym

Zamawiający oświadczył, iż dokona ponownej oceny i badania ofert. W dniu 19 kwietnia 2021 r. Zamawiający ponownie odrzucił ofertę odwołującego w zadaniach nr 1 i 3 w oparciu o identyczne zarzuty, jak poprzednio i analogiczne uzasadnienie.

Uzasadniając zarzut nr 1 odwołania dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę Odwołujący podniósł, iż interpretacja urzędowa zasad badania rażąco niskiej ceny opiera się na dwóch filarach. Po pierwsze, Zamawiający przestał być niewolnikiem wskaźników procentowych - dokonuje badania, wtedy i tylko wtedy gdy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Jeżeli rozbieżności pomiędzy ceną ofertową, a średnią arytmetyczną złożonych ofert lub szacunkiem wartości zamówienia, wynikają z przyczyn oczywistych, obowiązek wzywania do wyjaśnienia nie występuje. Po drugie, wątpliwości musi budzić cena (jako całość) lub jej istotne części składowe. Tymczasem jak wynika z porównania/kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego w dniu 24 marca 2021 r. z informacją o wyniku postępowania, Zamawiający odnosi się do drobnych, nieistotnych pozycji, stanowiących wartościowo promile ceny ofertowej. Zresztą dopiero trzecie wezwanie (z niespójną podstawą prawną i treścią żądania) pozwoliło ustalić Odwołującemu intencje Zamawiającego. Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., XXIII Ga 209/18 odnoszący się do pojęcia ceny rażąco niskiej. Odwołujący zauważył, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z jednej strony zobowiązuje zamawiającego do zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy, gdy cena wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia, z drugiej zaś, ustanawiając prawo do zwrócenia się o wyjaśnienia, uzależnia ją od podejrzeń, co do rzetelności ceny. Odwołujący podkreślił, że bezpodstawne żądanie wyjaśnień (w nieuzasadnionej sytuacji) będzie stanowić naruszenie prawa. Językowa wykładnia przepisu ze względu na zastosowaną koniunkcję zezwala na zwrócenie się o wyjaśnienia wyłącznie wtedy, gdy cena zarówno wydaje się rażąco niska, jak i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia. Oznacza to, że samo podejrzenie rażącego zaniżenia ceny nie uprawnia do badania jej realności. Dopiero takie zaniżenie w połączeniu z obawą o brak możliwości wykonania zamówienia daje prawo do badania ceny. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. Wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie powinno być dokonywane także „na wszelki wypadek”, czy też „z ostrożności”, ale powinno opierać się na wystąpieniu okoliczności określonych w art. 90 ust. 1 lub ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący wskazał także, że zagadnienie braku podstaw prawnych wezwania

wykonawcy do wyjaśnień oraz odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny było przedmiotem wyroku z dnia 4 października 2018 r., KIO 1886/18, którego fragment uzasadnienia przywołał.

Odwołujący wskazał na sprzeczność działania Zamawiającego z orzecznictwem KIO. Powołał się w tym zakresie na wyrok z dnia z 16 czerwca 2020 r. (KIO 709/20, 715/20) wskazujący, że celem wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie powinno być uzyskanie od wykonawcy informacji służących do sprawdzenia zgodności jego oferty z SIWZ. Zdaniem Odwołującego oczekiwania zawarte w pismach kierowanych do tylko jednego wykonawcy naruszają art. 90 ust. 1 i 3 Ustawy, interpretowany w sposób wskazany przez Izbę w ww. wyroku, a dodatkowo świadczą o nierównym traktowaniu wykonawców. Odwołujący podniósł także, że w tym samym orzeczeniu Izba uznała, że Zamawiający nie może badać rażąco niskiej ceny w zakresie wykraczającym poza treść dokumentacji zamówienia. W okolicznościach niniejszego odwołania, Zamawiający w SIWZ nie zawarł tzw. kosztorysu ślepego, a dodatkowo dokumentacja techniczna pozostawała daleko nieprecyzyjna, co powodowało konieczność wielokrotnego przesuwania terminu otwarcia ofert. Wymaganie kosztorysu na etapie wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostaje nieuprawnionym. Odwołujący, powołując się na ww. wyrok, wskazał także na konieczność ścisłej interpretacji dopuszczalności kierowania wezwań, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, opartych na realnych i obiektywnych wątpliwościach Zamawiającego. Aby ww. wątpliwości mogły powstać, muszą zaistnieć określone okoliczności, które te wątpliwości wywołują. Nie chodzi zatem o sytuację, w której zamawiający wg swobodnego uznania stwierdza, że „ma wątpliwości”, ale o sytuację, w której zamawiający wywodzi swoje wątpliwości z obiektywnych okoliczności. Brak dostatecznego uzasadnienia wezwania do złożenia wyjaśnień i nieokreślenie zakresu treści oferty, co do której zamawiający ma wątpliwości, stanowi istotne naruszenie interesu wykonawców. Badanie istnienia rażąco niskiej ceny powoduje szczególnie dotkliwe skutki dla wykonawcy, zatem powinno być należycie uzasadnione. Odwołujący w ślad za ww. wyrokiem Izby podniósł, że brak szczegółowego wskazania, co wzbudziło wątpliwości zamawiającego, co najmniej utrudnia wykonawcy złożenie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień. Dodatkowo brak szczegółowego wskazania wątpliwości zamawiającego w sytuacji niespełniającej przesłanek z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy rodzi niepewność co do zasadności samego wezwania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający odwoływał się do miernika szacowanej wartości zamówienia, jednocześnie zapominając, że w drodze wyjaśnień SIWZ wielokrotnie przedmiot szacunku modyfikował. Umknęło Zamawiającemu, iż w toku aukcji złożono szereg ofert o podobnej cenie, różniącej się o kilkanaście tysięcy, przy wartości zamówienia wynoszącej kilka milionów (a więc różnice były nawet nie procentowe lecz promilowe). Odwołujący

w piśmie z dnia 24 marca 2021 r. złożył bardzo szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami, wskazując na osiągnięcie zysku w obu zadaniach. Powyższe, jak również ceny ofert innych wykonawców (zaoferowane w toku aukcji elektronicznej i nie budzące wątpliwości Zamawiającego) jednoznacznie wskazuje, iż złożona oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Odwołujący zauważył, że żądanie kolejnych wyjaśnień w żadnym pytaniu nie odnosiło się do ceny, a zatem w oparciu o nie Zamawiający nie mógł oceniać wystąpienia przesłanek z art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym zarzut Zamawiającego, że Odwołujący złożył ofertę z rażąco niską ceną jest niezasadny i nieudowodniony.

Uzasadniając zarzut nr 2 odwołania odnoszący się do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ podkreślono, że zgodnie z SIWZ oraz formularzem ofertowym Zamawiający nie wymagał wskazania na etapie zarówno składania ofert, jak i aukcji elektronicznej zastosowanych rozwiązań technicznych oraz materiałów. Dodatkowo Zamawiający zarówno w treści SIWZ, jak i w żadnym innym dokumencie nie opisał i nie zdefiniował pojęcia równoważności. W związku z powyższym nie jest możliwe, aby Odwołujący domyślał się o co chodziło Zamawiającemu w tym zakresie oraz, aby sam Zamawiający dokonywał wykładni pojęcia równoważności po otwarciu ofert tj. w sposób sprzeczny z art. 38 ust. 4 ustawy. Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 24 marca 2021 r. Odwołujący zaproponował przykładowe materiały i rozwiązania techniczne, możliwe do zastosowania, ale nie jedyne. W składanej ofercie wykonawca nie zaznaczył odmiennego, ani równoważnego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Tak więc odrzucenie oferty Odwołującego w zadaniu nr 1 i 3 w tym zakresie jest niezgodne z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zadania 1, w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, że Odwołujący nie przewiduje zastosowania wymaganych warunkami postępowania redukcji preizolowanych, lecz rozwiązanie techniczne polegające na zastosowaniu zwężki stalowej z połączeniem mufy redukcyjnej termokurczliwej sieciowanej radiacyjnie, Odwołujący podniósł, iż rozwiązanie wskazane w wyjaśnieniach z dnia 24 marca 2021 r. jest rozwiązaniem tożsamym z opisanym w projekcie np. str 18. Przedmiotowy projekt odwołuje się również do wytycznych LPEC S.A. W wytycznych do projektowania nr IO-RS-01-2019-v.2.0 na stronie 31 punkt 4.9 redukcje średnicy, podpunkt 4.9.1 zwężki preizolowane i podpunkt 4.9.2 mufy redukcyjne postanowiono „W przypadku rurociągów małych średnic, o średnicy zewnętrznej osłony polietylenowej $Da < 315$ dopuszcza się stosowanie redukcji stalowych w obrębie połączenia rur i elementów preizolowanych o różnych średnicach rur przewodowych. Przy równoczesnej zmianie średnicy osłon, do izolacji połączenia takich elementów preizolowanych należy użyć termokurczliwych muf redukcyjnych. Zasady stosowania redukcji zgodne z zapisami związanymi ze zwężkami preizolowanymi.” Wycenione przez

Odwołującego rozwiązanie techniczne polega właśnie dokładnie na zastosowaniu redukcji stalowych, czyli dopuszczonych przez Zamawiającego w projekcie, jego własnych wytycznych i schemacie montażowym. Ponadto rozwiązanie to jest zgodne z normą PN-EN 448-2020 pkt 4.6.1. Z treści przywołanych powyżej wytycznych jednoznacznie wynika, że Zamawiający/LPEC SA traktuje redukcję stalową preizolowaną i redukcję stalową z mufą redukcyjną jako wyroby tożsame dla średnic płaszczka osłonowego $Da < 315$. Max. średnica płaszczka osłonowego dla zadania nr 1 wynosi $Da = 180$. Zamontowanie redukcji proponowanych przez Odwołującego, nie zmienia przebiegu trasy rurociągu ciepłowniczego oraz jego geometrii, a w związku z powyższym nie zmienia obliczonych naprężeń w rurociągu ciepłowniczym, co potwierdza tożsamość tych rozwiązań z opisem przedmiotu zamówienia i treścią SIWZ. Zgodnie z projektem technicznym - zapisem str.18 „Dopuszcza się zastosowanie innych równorzędnych urządzeń i materiałów o takich samych lub nie gorszych parametrach”, zastosowano redukcje stalowe z mufami redukcyjnymi. Na podstawie przywołanej powyżej treści projektu, analogicznie Odwołujący zastosował i wycenił technologię ZPU Jońca, a nie wskazaną w projekcie tj. Logstor Rohr na podstawie której opracowano dokumentację techniczną. Do tej części wyjaśnień Odwołującego, a wynikała ona z załączonych w wyjaśnieniach zestawień materiałów preizolowanych, Zamawiający nie miał zastrzeżeń.

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, że Odwołujący w miejsce wymaganych przez Zamawiającego elementów studziennych żelbetowych do obudowy trzpieni zaworów preizolowanych oraz armatury preizolowanej, składającej się z zaworu łącznie z odpowietrzeniem zamierza zastosować elementy studzienne z tworzywa sztucznego PP (polipropylen), Odwołujący podniósł, iż rozwiązanie wskazane w wyjaśnieniach z dnia 24 marca 2021 r. dotyczących rażąco niskiej ceny jest rozwiązaniem tożsamym z opisanym w projekcie, ponieważ przedmiotowy projekt odwołuje się również do wytycznych LPEC S.A. W wytycznych do projektowania nr IO-RS-01-2019-v.2.0 na stronie 37 punkt 4.20 obudowy studzienne, wskazane jest jednoznacznie, że przedmiotowe obudowy należy wykonywać z kręgów betonowych lub rur studziennych karbowanych, co wycenił Odwołujący, a Zamawiający dopuścił. Zgodnie z treścią pkt XIV ppkt 2 SIWZ cenę ofertową, należy wyliczyć według kalkulacji własnej z uwzględnieniem warunków realizacji, w tym wszelkich kosztów prac i robót określonych w Dokumentacji Projektowej wraz z robotami towarzyszącymi oraz robotami wynikłymi w trakcie realizacji zamówienia, nie przewidzianymi w ww. dokumentacji projektowej, a koniecznymi do jej wykonania (roboty tymczasowe, towarzyszące, inne nieprzewidziane). Zgodnie z powyższym Odwołujący powinien uwzględnić wszelkie koszty dodatkowe związane z realizacją danego przedmiotu zamówienia. Wykonawca, biorąc pod uwagę treść pkt XIV ppkt 2 SIWZ, dokonał wizji

lokalnej zgodnie z pkt 5.1 SIWZ pkt na terenie realizacji przedmiotu zamówienia wraz z terenem przyległym i stwierdził, że nie we wszystkich miejscach, w których będzie montowana armatura odcinająca jest możliwe zamontowanie obudowy na trzpienie zaworów z betonu żelbetowego ze względu na jej wymiar - średnicę. Związane jest to przede wszystkim z kolizjami z infrastrukturą podziemną, zielenią oraz dużym prawdopodobieństwem błędów projektowych. W tych miejscach do wyceny przyjęto rozwiązanie tożsame, dopuszczone przez Zamawiającego z rur karbowanych o mniejszych gabarytach, ale montowanych nie jak osłony betonowe na 2 obok siebie zawory, ale oddzielnie na poszczególne zawory zgodnie z wytycznymi LPEC nr 10-RS-01-2019-v.2.0. Również w trakcie prac montażowych ze względu na kolizje z istniejącą lub nieujawnioną infrastrukturą podziemną, mogą wystąpić zmiany wielkości w/w studni. Wszelkie zmiany w projekcie w trakcie budowy uzgadniane są z inspektorem Nadzoru Zamawiającego /LPEC SA. Zgodnie z zapisem w projekcie technicznym „Dopuszcza się zastosowanie innych, równorzędnych urządzeń i materiałów o takich samych lub nie gorszych parametrach”, wyceniliśmy po wizji lokalnej część studni z kręgów betonowych, a część z rur studziennych karbowanych, właśnie z powodu kolizji z istniejącą lub nieujawnioną infrastrukturą podziemną. Analizując wcześniejsze budowy wykonywane przez Odwołującego na podstawie umów LPEC SA, Odwołujący stwierdził, że w około 95 % były zamontowane obudowy z rur karbowanych, z przyczyn wskazanych powyżej. Zmiana obudów zaworów nie zmienia obliczonych naprężeń w rurociągu ciepłowniczym oraz jego przebiegu i geometrii trasy, ponieważ nie ma na nie wpływu.

Odwołujący dodał także, że Zamawiający w odniesieniu do zadania 1 nie wskazał na analogiczne wątpliwości do podniesionych w zakresie dotyczącym zadania 3 lit. c (trójniki), pomimo że identyczna okoliczność wystąpiła również w zadaniu 1. Zdaniem Odwołującego może to świadczyć o błahości zarzutu Zamawiającego lub okoliczności potwierdzającej stanowisko Odwołującego w tym zakresie, iż jego postępowanie było prawidłowe i nie powinno skutkować odrzuceniem oferty.

W zakresie zadania 3, w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, że Odwołujący nie przewiduje zastosowania wymaganych warunkami postępowania redukcji preizolowanych, lecz rozwiązanie techniczne polegające na zastosowaniu zwężki stalowej z połączeniem mufy redukcyjnej termokurczliwej sieciowanej radiacyjnie, jak i w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego, że Odwołujący w miejsce wymaganych przez Zamawiającego elementów studziennych żelbetowych do obudowy trzpieni zaworów preizolowanych oraz armatury preizolowanej, składającej się z zaworu łącznie z odpowietrzeniem zamierza zastosować elementy studzienne z tworzywa sztucznego PP (polipropylen), Odwołujący przedstawił analogiczną argumentację do przywołanej w zakresie zadania 1.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że Odwołujący nie proponuje w złożonej dokumentacji ofertowej wymaganego montażu trójników bocznych Dn600/125 (brak w przedstawionej ofercie dostawy materiałów preizolowanych) zatem objęte dokumentacją projektową odgałęzienie Wykonawca/Odwołujący wykona w postaci wspawania króćca rury o śr. nom. 125 mm w rurociąg preizolowany o śr. nom. 600 mm, Odwołujący podniósł, iż twierdzenia Zamawiającego oparte są wyłącznie na domniemaniach opartych na założeniu, że skoro nie wyceniono trójników preizolowanych, to włączenie w tym punkcie polega na wspawaniu króćca rury w rurociąg. Zdaniem Odwołującego implikacji takiej nie sposób przedstawić jako logicznie poprawnej, albowiem możliwe (a nawet bezpośrednio wskazane przez Zamawiającego) było użycie trójnika stalowego niepreizolowanego. Odwołujący wskazał, iż w projekcie budowlano - wykonawczym projektant/Zamawiający nie zawarł informacji dotyczących typu rurociągów magistralnych (czy jest to sieć kanałowa tradycyjna, czy bezkanałowa - preizolowana) do których włączane/podłączane są nowobudowane sieci osiedlowe (projekt techniczny pkt. 4.3 str. 16). W punkcie tym w miejscu włączeń podane zostały jedynie wymiary trójników stalowych. Odwołujący analizując punkty podłączenia nowobudowanych sieci do sieci istniejących, na załączonych mapach do projektu, stwierdził, że w jednym przypadku nie można określić do jakiej sieci zostanie podłączona nowobudowana sieć. Przyczyną tego był brak pełnego opisu rurociągu na mapie tj. jedna z wielu niedoskonałości, a wręcz wad projektu. Z opisu wynikało, że może to być sieć tradycyjna. W takiej sytuacji w załączonej specyfikacji materiałowej brakowało materiałów - end capów do uszczelnienia izolacji poliuretanowej na rurociągu preizolowanym oraz pierścieni gumowych potrzebnych do uszczelnienia wejścia sieci preizolowanej do sieci kanałowej. Natomiast jeśli byłaby to sieć preizolowana, to w załączonej specyfikacji materiałowej były mufy termokurczliwe sieciowane DN 800 (10. Zestawienie materiałów" pkt 3 str. 26), które dla średnicy płaszczka osłonowego są niedopuszczone przez Zamawiającego/LPEC S.A. (dla średnicy płaszczka osłonowego DN 710 dopuszczone są jedynie mufy elektrogrzewane), co wynika z dokumentu „Wytyczne wykonania, montażu i odbioru sieci ciepłowniczych z rur i kształtek preizolowanych obowiązujące w LPEC S.A. w Lublinie nr 10-RPN/01/2018" pkt 7.

W związku z powyższym Odwołujący zadał pytanie do treści SIWZ dotyczące sposobu włączenia sieci nowobudowanej do sieci magistralnej w pkt PP-4. W otrzymanej odpowiedzi - pismo z dnia 2 grudnia 2020 (nr sprawy: NZ5-3113-4- 3071-676,678,67) Zamawiający poinformował, że w pkt PP-4 dopuszcza zastosowanie trójników stalowych izolowanych tradycyjnie. Z odpowiedzi wynika, że w punkcie PP-4 włączenie jest do sieci tradycyjnej (zamontowanie trójnika stalowego z izolacją tradycyjną do sieci preizolowanej było by niezgodne ze sztuką budowlaną). Konsekwencją udzielonej odpowiedzi, jako jedyne, zgodne

ze jej treścią, rozwiązanie było zastosowanie przez Odwołującego w tym miejscu trójników stalowych DN 600x125 izolowanych tradycyjnie, stosownie do ww. wyjaśnień SIWZ dokonanych przez Zamawiającego - LPEC SA, projektu budowlano - montażowego i „Wytycznych wykonania, montażu i odbioru sieci ciepłowniczych z rur i kształtek preizolowanych obowiązujące w LPEC S.A. w Lublinie nr 10-RPN/01/2018” pkt 7- połączenia z sieciami w obudowach betonowych. Całkowicie więc jest bezpodstawny zarzut i twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący zastosuje niedopuszczone przez Zamawiającego rozwiązanie, polegające na włączeniu bezpośrednio nowobudowanej sieci preizolowanej do istniejącej sieci preizolowanej. Z wyjaśnień Odwołującego rozwiązanie to w żaden sposób nie wynikało, a ponadto byłoby to sprzeczne z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie, które zadał sam Odwołujący, doświadczony kontrahent LPEC S.A. od wielu lat. W odpowiedzi na to pytanie Zamawiający potwierdził, że dopuszcza włączenie w punkcie PP-4 do sieci tradycyjnej poprzez trójnik stalowy.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający analizując zestawienie materiałów preizolowanych załączone do wyjaśnień przez Odwołującego powinien zauważyć, że w zestawieniu uwzględnione zostały dodatkowe end capy 125/250 (poz. 200) i 125/250 (poz. 330) do uszczelnienia rurociągów preizolowanych DN 125/225/250 podłączanych w pkt PP-4 do sieci tradycyjnej DN 600 oraz uwzględnione zostały dodatkowe pierścienie gumowe P-250 (poz. 210) i P225 (poz.340) do uszczelnienia wejść rurociągu DN 125/225/250 do kanału ciepłowniczego w pkt PP-4, a brak trójników preizolowanych w punkcie włączenia PP-4 był zgodny z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią, więc nie mogły one wystąpić w zestawieniu materiałów preizolowanych. Koszt trójników stalowych izolowanych tradycyjnie uwzględniono w wyjaśnieniach w pozycji „Pozostałe koszty”. Koszt end capów do uszczelnienia izolacji i pierścieni gumowych do uszczelnienia kanału betonowego, uwzględniono w poz. 1.1 „Materiały preizolowane”. Co znamienne zdaniem Odwołującego, identyczny sposób wyceny miał miejsce w zadaniu 1. W projekcie budowlano wykonawczym, który wykonywał ten sam projektant, również nie zawarto informacji dotyczących typu rurociągów magistralnych (czy jest to sieć kanałowa tradycyjna, czy bezkanałowa - preizolowana) do których włączane / podłączane są nowobudowane sieci osiedlowe (projekt techniczny pkt. 4.3 str. 16). W punktach tych w miejscu włączeń podane zostały jedynie wymiary trójników stalowych i na dodatek w punkcie PP-2 błędnie. Odwołujący dokonał wyceny na tych samych zasadach (trójniki stalowe), lecz Zamawiający rozwiązania tego nie kwestionował. Koszt podanych obudów służył wyłącznie na potrzeby własne wykonawcy oraz wykazania braku rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podkreślił ponadto, że wycena wyżej wymienionych rozwiązań technicznych i urządzeń została wykonana wyłącznie na potrzeby własne Odwołującego

oraz w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny. Ponadto Odwołujący wskazał, iż zastosowane rozwiązania techniczne, materiały i urządzenia, których niezgodność z projektem i SIWZ zarzucił niesłusznie Zamawiający są kompletnie nieistotne cenotwórczo, gdzie wartość jest znikoma w odniesieniu do ceny ofertowej zarówno zadania nr 1 i zadania nr 3. Tymczasem rażąco niska cena dotyczyć musi ceny całkowitej lub jej istotnych części składowych. Trudno uznać za takie części redukcji preizolowanych, studni czy trójników.

Uzasadniając zarzut nr 3 dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazał żadnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego naruszenia Zamawiający domniemywa. Stanowi to naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania powodu odrzucenia oferty. Odwołujący zauważył, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w tym zakresie stanowi przytoczenie działań Zamawiającego tj. porównania wyjaśnień składanych na potrzeby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, z ogólnodostępnymi katalogami i wskazanie wniosku, że Odwołujący dokonał „przerzucenia kosztów” pomiędzy składnikami poszczególnych zadań, aby uzyskać najniższą cenę brutto. Wywód ten jest w ocenie Odwołującego tak zawikłany, nielogiczny i niekonkretny że trudno podejmować z nim polemikę. Aby bowiem doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., a zatem stawiając taki zarzut Zamawiający powinien wprost wskazać naruszony przepis u.z.n.k., a także wykazać sprzeczność działań Odwołującego z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrożenie interesów innego przedsiębiorcy lub klienta, oparte w tym przypadku o art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Odwołujący musiałby więc działać niezgodnie ze szczegółowo opisaną normą prawną lub wynikającą z klauzuli generalnej dobrych obyczajów i w celu utrudnienia innym podmiotom dostępu do rynku (zamówienia). Zamawiający nawet nie rozważył żadnej przesłanki wynikającej z u.z.n.k. lecz ogranicza się do luźnych rozważań nie popartych żadnymi dowodami. Otwartą pozostaje odpowiedź na pytanie, co Zamawiający miał na myśli, i jaką korzyść odniósłby wykonawca, zaniżając cenę jednej pozycji, a zwyżając innej, skoro ocenie podlega cena łączna (suma wszystkich pozycji). Ponadto w ocenie Odwołującego teza o „przerzucaniu kosztów” pozostaje całkowicie nieuzasadniona i nieudowodniona. Czynem nieuczciwej konkurencji nie jest bowiem sprzeczny z poglądem Zamawiającego sposób sporządzania wyceny, lecz sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.). Brak jest bowiem jakiegokolwiek regulacji, nakazującej kalkulować cenę zgodnie ze wskazanymi przez Zamawiającego publikacjami, a SIWZ milczy na ten temat. W ocenie Odwołującego nie bez

znaczenia pozostaje fakt poddawania tak drobiazgowej ocenie wyłącznie jednego podmiotu, na podstawie kosztorysu niewymaganego w SIWZ, w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wobec ceny ryczałtowej z oczywistym naruszeniem zasady równego traktowania Wykonawców.

Uzasadniając zarzut nr 4 odwołania dotyczący czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1 i 3, Odwołujący wskazał, iż dokonując niezgodnego z ustawą Pzp odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2021 r., dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych w zadaniu 1 i 3, przyznając im po 100 pkt, tym samym doprowadził do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem oferty te nie spełniały definicji oferty najkorzystniejszej. Gdyby nie wskazane wyżej uchybienia, nie uzyskałyby takiej punktacji, albowiem przy cenie jako jedynym kryterium, znalazłyby się na drugim miejscu rankingu, po ofertach Odwołującego.

Zamawiający w dniu 24 maja 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu dotyczącego kwestii rażąco niskiej ceny Zamawiający podniósł, iż z treści jego uzasadnienia w żaden sposób nie wynika, że cena oferty Odwołującego nie była rażąco niska. W treści odwołania brak jest jakiegokolwiek argumentacji w tej kwestii. Tymczasem nie ulega wątpliwości, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa tutaj na wykonawcy, który ją złożył (czyli Odwołującym). W przypadku sporu dotyczącego zaistnienia rażąco niskiej ceny rozkład ciężaru dowodu ulega odwróceniu i spoczywa na podmiocie, który ów fakt powołuje. Odwołujący nie podejmuje nawet próby dowodzenia w rzeczonym zakresie. Zamawiający wyjaśnił, iż prowadząc postępowanie dokonał szczegółowej analizy ofert Odwołującego i stwierdził, że cena istotnej części zamówienia tj. w zakresie budowy sieci ciepłej przedstawiona w ofercie firmy KPW w znacznym stopniu odbiega nie tylko od cen rynkowych, ale również od cen uzyskiwanych w przetargach organizowanych przez Zamawiającego. Cena części składowych wynagrodzenia podlega takim samym rygorom, jak cena za przedmiot całego zamówienia. Z uwagi na to, że ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę obliczenia ostatecznego wynagrodzenia Wykonawcy, każda z tych cen powinna być realna i rynkowa. Tymczasem ceny jednostkowe wykonania 1 mb sieci ciepłej proponowane przez Odwołującego w obu ofertach w znacznym stopniu odbiegały od cen jednostkowych wykonania sieci ciepłej w inwestycjach o podobnym charakterze przedsięwzięcia już wykonanych w poprzednich latach dla LPEC S.A, w tym również odbiegały od cen proponowanych przez samego Odwołującego w latach ubiegłych. Dokument sporządzony przez pracowników Zamawiającego stanowiący analizę cen Zamawiający załączył, jako dowód w postępowaniu.

Abstrahując od faktu braku inicjatywy dowodowej Odwołującego w zakresie ceny jego oferty, Zamawiający z ostrożności przedstawił swoje stanowisko odnośnie pozostałych twierdzeń podniesionych przez Odwołującego. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że prowadzenie aukcji elektronicznej miałyby stanowić przeszkodę dla następczej możliwości weryfikacji przez Zamawiającego ofert złożonych w trakcie aukcji elektronicznej pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał, iż co prawda przepis art. 91c ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp wyłącza stosowanie niektórych przepisów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej tj. art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 ustawy Pzp jednak wyłączenia te zdaniem Zamawiającego należy interpretować w związku ze zdaniem pierwszym, które odnosi się do „toku postępowania”. Tym samym wyłączenie zastosowania przepisów art. 89 ustawy Pzp tylko „w toku aukcji” omacza, że po jej zakończeniu Zamawiający, stosując postanowienia art. 90 ustawy Pzp jest obowiązany wyjaśnić ewentualne wątpliwości co do cen zaproponowanych w postąpieniach - w szczególności wobec oferty, która zostałaby uznana za najkorzystniejszą - a także już po zamknięciu aukcji odrzucić zwycięską ofertę, jeśli zawarta w niej cena byłaby rażąco niska. Taka interpretacja wyłączenia przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny jest zgodna z językową wykładnią art. 91c ust. 1 ustawy Pzp i powszechnie akceptowana. Nadto Zamawiający podniósł, iż w literaturze dominuje stanowisko, iż „odstąpienie od przepisu o odrzucaniu ofert z rażąco niską ceną (poprzez niestosowanie art. 89 ustawy Pzp) może być odniesione wyłącznie do „toku aukcji”, zaś odmienne podejście mogłoby zniweczyć starania mające na celu zapobieżenie nieuczciwym praktykom rynkowym. Zamawiający w pełni je aprobuje i przy tym zwraca uwagę, iż odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę istotnej części składowej ofert w ramach zadań 1 i 3 jest skorelowane z ujawnieniem przez Zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji, co Zamawiający rozwija w replice na zarzut 3.

Zamawiający zauważył następnie, że Odwołujący buduje swój wywód na podstawie argumentacji o dotychczasowej, owocnej współpracy z Zamawiającym w ramach innych, udzielonych mu i wykonywanych zamówień. Co więcej, wobec okoliczności złożenia przez Odwołującego najwyższych postąpień w aukcji elektronicznej cyt. „skoro okazało się, że Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą (...)”, wykazuje niezrozumienie dla podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających właśnie wobec niego. Zamawiający wskazał, iż ani dotychczasowa współpraca stron, ani okoliczność uzyskania niskiej ceny oferty w toku aukcji elektronicznej nie zwalnia Zamawiającego z badania ofert pod kątem przesłanek określonych w art. 89 ustawy Pzp. Zamawiający prowadzi postępowanie bezstronnie i obiektywnie, z pominięciem sympatii dla poszczególnych wykonawców. Zamawiający badając ofertę Odwołującego pod tym kątem, w związku ze znacznymi postąpieniami

Odwołującego powziął wątpliwości, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym, zachowując należyłą staranność, dążył do wyjaśnienia powyższego, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający wyjaśnił, iż powziął podejrzenia, co do rzetelności ceny istotnej części zamówienia w złożonych przez Odwołującego ofertach dopiero po aukcji elektronicznej. Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej Zamawiający nie miał powodu, by badać ofertę Odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny. Środki, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, wynosiły 4 600 000,00 zł brutto, zaś pierwotnie oferta Odwołującego wyniosła 9 060 037,50 zł brutto. Zamawiający wymagał, aby w formularzu ofertowym wykonawcy określili podział ceny łącznej na ceny, za które wykonają węzły cieplne oraz budowę sieci ciepłowniczej. Firma Inżynierska KPW pierwotnie zaoferowała wykonanie węzłów cieplnych za cenę 3 630 510,00 zł brutto, natomiast sieć ciepłowniczą za cenę 5 429 527,50 zł brutto. Odpowiednio, według kosztorysu Zamawiającego były to ceny: węzły - 3 875 685,78 zł brutto, sieć - 3 269 613,83 zł brutto. Zamawiający zatem nie miał powodu, by badać ofertę Odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę przed aukcją elektroniczną, ponieważ ceny za wykonanie węzłów kształtowały się podobnie do cen kosztorysowych Zamawiającego, natomiast za wykonanie sieci ciepłej zdecydowanie powyżej ceny kosztorysowej. Zamawiający zaznaczył, że praktykowaną przez wykonawców regułą jest, iż w przypadkach, w których Zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną, przedstawiają oni w ofertach ceny wyższe od tych, które zaoferowaliby, gdyby Zamawiający nie przewidział aukcji. Tak więc w przypadku Odwołującego, jak i innych wykonawców, Zamawiający nie miał przed aukcją podstaw do przeprowadzania badania rażąco niskiej ceny bądź jej istotnych części składowych.

Po aukcji elektronicznej, w obu ofertach Odwołującego (w ramach zadania nr 1 i 3), cena w części dotyczącej budowy sieci ciepłej została zdaniem Zamawiającego znacznie zaniżona, co również w aspekcie technologicznym mogło wskazywać na zastosowanie przez Odwołującego rozwiązań innych, niż określone zostały w SIWZ (z założenia tańszych). Wobec faktu niezgłoszenia zamiaru stosowania innych, niż założone w projekcie rozwiązań technicznych przez Odwołującego, Zamawiający powziął również wątpliwości odnośnie możliwości należytego wykonania zamówienia. Zamawiający domniemywał, iż wykonawca złożył ofertę z pominięciem procedury zgłoszenia Zamawiającemu zamiaru zastosowania równoważnych rozwiązań, potwierdzenie tego faktu wskazywałoby na nierzetelne, niezgodne z SIWZ przygotowanie oferty przez Odwołującego, co w aspekcie zasad prowadzenia postępowania - pozostawione bez wyjaśnienia przez Zamawiającego - naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazał, że do zgłoszenia zamiaru stosowania innych niż założone w projekcie rozwiązań technicznych na podstawie punktu

4.2 OPZ, byli zobligowani wszyscy wykonawcy, przy czym Odwołujący pierwotnie składając swoją ofertę takiego zamiaru nie zgłosił, za to zrobili to pozostali wykonawcy. Tym samym Zamawiający żądając od Odwołującego złożenia wyjaśnień nie chciał opierać się na domniemaniu, a dążył do uzyskania pewnych informacji pomocnych w ustaleniu, czy istotna część oferty zawiera cenę rażąco niską. Wpływ na element cenotwórczy oferty miało również ustalenie, czy Odwołujący w złożonych ofertach założył zastosować wymagany w SIWZ sposób realizacji zamówienia (wobec faktu niezgłoszenia przez Odwołującego się wykonawcę zamiaru stosowania innych niż przyjęte w projekcie rozwiązań), czy też może zataił ten fakt licząc na ugodowe podejście Zamawiającego na etapie wykonania zamówienia. Na marginesie Zamawiający wskazał, iż podejrzania te okazały się zasadne - z treści odwołania wynika, iż Odwołujący liczył na dokonanie zmian w projekcie już na etapie realizacji umowy (tak na str. 13, akapit 2 odwołania). Zamawiający wyjaśnił, iż dopiero uzyskanie przez niego pewności, co do zastosowania rozwiązań równoważnych przez Odwołującego z pominięciem ich zgłoszenia dało mu realne podstawy do twierdzenia, iż takie działanie Odwołującego było świadomie i nacelowane na obniżenie ceny. Przez zniżenie ceny części zamówienia w zakresie budowy sieci ciepłej, która opodatkowana była stawką VAT 23%, przy jednoczesnym zrekompensowaniu ceny netto oferty w pozostałej części zamówienia, a opodatkowanej niższą, bo 8 % stawką VAT, Odwołujący uzyskiwał przewagę ceny brutto całej oferty. Takie działanie po arytmetycznym zliczeniu doprowadziło do uzyskania najniższej ceny brutto oferty Odwołującego – czyli najkorzystniejszej spośród pozostałych, ale o dziwo nie najniższej ceny netto ogółem, co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego (vide replika do zarzutu 3).

Kontynuując replikę do zarzutu 1, za zupełnie chybiony zdaniem Zamawiającego należy uznać argument Odwołującego podniesiony w dalszej części uzasadnienia zarzutu 1, iż „Zamawiający zadawał pytania nieodnoszące się w ogóle do kwestii ceny, a jedynie sposobu realizacji zamówienia”, czym rzekomo naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający stoi na stanowisku, iż badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny powinno być zindywidualizowane i zależne od realiów danego postępowania, tak też było w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż na podstawie własnej analizy powziął wątpliwość, co do możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami projektu, gdyż istotna część składowa ceny oferty wydała mu się rażąco niska. Pismem z dnia 16 marca 2021 roku wezwał więc wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie szczegółowej, pełnej struktury kosztów i ich wartości, które były podstawą przygotowania przedstawionej przez niego oferty. Dopiero odpowiedź wykonawcy dostarczyła Zamawiającemu wiedzy odnośnie prawdopodobieństwa zastosowania przez wykonawcę w ofercie oszczędności wykonania zamówienia poprzez wybranie rozwiązania

technicznego niezgodnego z projektem, a niezgłoszonego stosownie do wymogu z pkt 4.2. (zdania od 3 do 7) OPZ. Wyjaśnienia Odwołującego zrodziły po stronie Zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagały dodatkowego wyjaśnienia, uszczegółowienia, ewentualnie udowodnienia. W tym miejscu Zamawiający zaznaczył, iż w tym stanie rzeczy nie powinna budzić zastrzeżeń dopuszczalność kontynuowania procedery wyjaśniającej. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2021 r. ponownie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, pytając tym razem o wybrane przez niego rozwiązania techniczne. W tym stanie rzeczy Zamawiający wskazał Odwołującemu konkretne kwestie, które budzą jego wątpliwości tj. rozwiązania techniczne. Zdaniem Zamawiającego również zapytanie o tej treści mieści się w dyspozycji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i trudno stawiać Zamawiającemu zarzut o treść tego zapytania. Zgodnie z treścią ww. przepisu „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający wraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności (...)” w zakresie wymienionym w tym przepisie. Wśród wyliczonych okoliczności w przepisie wprost wskazano na możliwość zadawania pytań odnośnie rozwiązań technicznych. W opinii Zamawiającego również użyty w ww. przepisie zwrot wprowadzający do wyliczenia „w szczególności w zakresie” nie jest przypadkowy. Zwrot ten zgodnie z jego literalnym brzmieniem wskazuje na otwarty katalog zagadnień, jakie mogą obejmować pytania Zamawiającego do wykonawców na etapie prowadzenia procedury wyjaśnień. Zdaniem Zamawiającego przyjęty w ofercie Odwołującego sposób realizacji zamówienia jest nierozłącznie powiązany z ceną, stanowi element decydujący o cenie, zaś Odwołujący w sposób chybiony wytyka Zamawiającemu błąd procedury polegający na rzekomym mieszaniu trybów wyjaśnień treści oferty z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny.

W ocenie Zamawiającego za gołosłowny należy uznać również zarzut Odwołującego, dotyczący rzekomego uzupełniania czy modyfikowania wymagań SIWZ, który został zdawkowo podniesiony przez Odwołującego, bowiem na próżno szukać do niego uzasadnienia w treści odwołania. Zamawiający jedynie może się domyślać, że Odwołujący upatruje rzekomych naruszeń ustawy w czynności wyjaśniania przez Zamawiającego treści SIWZ tj. stosowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych w przygotowywanych ofertach (np. wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 11-12-2020 r.). W ten sposób Odwołujący zapewne próbuje obronić się przed zarzutem niestosowania przez niego wymagań SIWZ, dowodząc, że nie miał on obowiązku zdradzenia Zamawiającemu zamiaru stosowania rozwiązań technologicznych innych, niż te założone w projekcie. Zamawiający wyjaśnił, iż

w punkcie 4.2 OPZ, od zdania trzeciego wskazano, iż Zamawiający dopuszcza „rozwiązania równoważne (...) w zakresie standardów jakościowych oraz parametrów technicznych przyjętych w dokumentacji projektowej”. Jednocześnie powołując się na treść przepisu art. 30 ust 5 ustawy Pzp w dokumentacji projektowej wskazano, iż „Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty (np. w formie załącznika do formularza ofertowego) ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i funkcjonalne”. Z kolei w punkcie 4.6 OPZ wskazano, iż „Wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie w oparciu o opracowaną i udostępnioną dokumentację projektową”. Nigdzie w SIWZ nie wskazano, że wykonawca może samodzielnie projekt modyfikować zgodnie z „Wytocznymi projektowania”, a takie uprawnienie zdaje się uzurpuje sobie Odwołujący. Biorąc pod uwagę powyższe zapisy OPZ, jak i treść odwołania traktującą o rzekomej modyfikacji SIWZ przez Zamawiającego, uprawnione jest twierdzenie Zamawiającego o gołosłowności ww. zarzutu. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący pobieżnie i wybiórczo zaznajomił się z treścią SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego chybiony jest również zarzut Odwołującego o nierównym traktowaniu wykonawców z uwagi na wzywaniu wyłącznie jego do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, wobec faktu, że „w toku aukcji złożono szereg ofert o podobnej cenie, różniące się o kilkanaście tysięcy”. Faktem jest, że ceny ofert brutto wszystkich Wykonawców po aukcji były zbliżone, jednak wyłącznie oferta Odwołującego wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Jak wyżej wskazano, przyczyną tego stanu rzeczy była znaczna różnica w cenie istotnej części zamówienia w ofercie Odwołującego tj. w części dotyczącej budowy sieci, cena proponowana przez Odwołującego na budowę sieci ciepłej różniła się bowiem o ok. 100% od kolejnej, najbliższej pod względem cenowym oferty, ale i od pozostałych. Powyższe okoliczności świadczą, iż Zamawiający nie wzywał Odwołującego do składania wyjaśnień bezpodstawnie. W oparciu o doświadczenia nabyte w oparciu o udzielenie tego rodzaju usług i znajomość cen obowiązujących na rynku Zamawiający miał uzasadnione, realne i obiektywne podstawy, by twierdzić, że oferta jest wadliwa, cena istotnej jej części budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie KIO jednolicie wskazuje, iż sztuczne, oderwane od realiów gospodarczych ustalenie wartości jednostkowych składających się na cenę oferty, podjęte w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest bowiem działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami kupieckimi oraz naruszającym interesy innych uczestników rynku, którzy ceny swoich ofert obliczają rzetelnie. Zdaniem Zamawiającego, w kontekście wszystkich okoliczności towarzyszących (fakt niezgłoszenie rozwiązań równoważnych wraz z ofertą, manipulacja podstawami opodatkowania), złożenie oferty Odwołującego stanowiło właśnie taki czyn. Wynik zainicjowanej przez Zamawiającego

procedury wyjaśnień utwierdził Zamawiającego o słuszności decyzji, tj. odrzuceniu oferty Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu drugiego Zamawiający zaprzeczył na wstępie jakoby oferta Odwołującego odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający wskazał, iż oświadczenia Odwołującego o zgodności jego oferty z SIWZ, w tym złożone w wyjaśnieniach z dnia 7 kwietnia 2021 roku miały wyłącznie pozorny charakter. Zamawiający badając ofertę Odwołującego i biorąc pod uwagę jego wyjaśnienia, stwierdził, iż nie znajduje potwierdzenia, że oferent wykona zamówienie zgodnie z wymogami sprecyzowanymi w SIWZ. Odwołujący w treści odwołania przyznaje, że zaproponował w ofercie rozwiązania równoważne, tak więc świadomie przyjął inny materiał, niż dopuszczony przez zamawiającego/projektanta, tj. niezgodny z projektem. Faktem bezspornym jest, że zamiaru zastosowania rozwiązań równoważnych nie zgłosił w momencie składania oferty. Z powyższego wynika, iż Odwołujący uzurpuje sobie prawo do samodzielnej zmiany przedmiotu zamówienia, a to dlatego, że myli projekt budowlany (będący podstawowym z dokumentem opisującym przedmiot zamówienia) z „Wytycznymi w zakresie projektowania...” (które to wytyczne stanowią dokument pomocniczy). Zamawiający podniósł, że ocena ofert wykonawców względem wymagań zawartych w SIWZ musi odbywać się poprzez literalną interpretację postanowień SIWZ. Za niedopuszczalną uznać należy ocenę oferty wykonawcy względem wymagań nie wyartykułowanych przez zamawiającego w SIWZ, celów nie wyrażonych w SIWZ czy niezdefiniowanych przez Zamawiającego funkcjonalności przedmiotu zamówienia czy sposobu jego użytkowania. To zamawiający wszczynając postępowania ma obowiązek określić jakie potrzeby mają zostać zrealizowane i w jaki sposób, zaś te założenia i cele zamawiającego muszą być w sposób jasny i precyzyjny wyartykułowany w dokumentacji przetargowej.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z dokumentacją przetargową dopuścił „rozwiązania równoważne (...) w zakresie standardów jakościowych oraz parametrów technicznych przyjętych w dokumentacji projektowej”. Z kolei punkcie 4.6 OPZ Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie w oparciu o opracowaną i udostępnioną dokumentację projektową”. Częścią SIWZ był projekt budowlany, którego Zamawiający nie zmienił w trakcie postępowania. Jednocześnie nigdzie w treści SIWZ nie wskazano, że Wykonawca może samodzielnie projekt ten modyfikować, a takie uprawnienie zdaje się uzurpuje sobie Odwołujący powołując się na dokument „Wytyczne projektowania”. Jak sama nazwa ww. dokumentu wskazuje, jest on skierowany do projektantów, nie zaś do wykonawców, przedmiotem zamówienia nie były roboty budowlane w formule „zaprojektuj - wybuduj”. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący w treści odwołania (str. 12) wprost wskazuje na odstępstwa od projektu, np. pisze iż „zastosował i wycenił technologię ZPU Jońca, a nie

wskazaną w projekcie tj. Logstor Rohr na podstawie której opracowano dokumentację techniczną.” Argumentacja Odwołującego potwierdza jednoznacznie, że zaproponowany sposób realizacji zamówienia jest odmienny, inny i niezgodny z projektem budowlanym. Nadinterpretację postanowień SIWZ stanowi w ocenie Zamawiającego twierdzenie Odwołującego, że skoro ww. Wytyczne stanowią element SIWZ, to może on samowolnie modyfikować projekt - powyższe zapatrywanie nie znajduje potwierdzenia ani w treści SIWZ, ani w treści odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców. To Zamawiający uprawniony jest do określenia zarówno efektu, a więc przedmiotu zamówienia, jak i sposobu jego realizacji. Ma to szczególne znaczenie w przypadku robót budowlanych, gdzie cały proces inwestycyjny określony jest precyzyjnie w dokumentacji projektowej, która podlega zatwierdzeniu w decyzji o pozwoleniu na budowę. Przedmiotem zamówienia w ramach postępowania było wykonanie sieci ciepłej, a więc jeżeli dokumentacja projektowa opisuje wykonanie określonego rodzaju komór i nie została wprowadzona zmiana w projekcie w tym zakresie, to nie jest możliwe dokonywanie jakichkolwiek odstępstwa, które nie zostałyby dopuszczone przez Zamawiającego przed składaniem ofert. Zaoferowanie innego typu urządzenia przez Odwołującego, a nie dopuszczonego przez Zamawiającego, wskazuje na złożenie oferty o treści odmiennej niż wymaga tego Zamawiający.

Dalej Zamawiający podniósł, iż nawet jeśli by uznać (czemu Zamawiający zaprzecza), że Odwołujący mógł zastosować rozwiązania równoważne przewidziane w wytycznych projektowania bez ich zgłoszenia, to o ile w przypadku proponowanej przez KPW technologii/metody wykonania redukcji stalowych wytyczne dopuszczają proponowane przez KPW rozwiązanie odmienne od wymaganych w projekcie, o tyle w przypadku pozostałych wskazanych przez LPEC S.A. materiałów i rozwiązań proponowanych przez Odwołującego a odmiennych od wymagań projektowych nie są one dopuszczone przez LPEC S.A. również w „Wytycznych projektowania”, na których bazował przygotowując swoją ofertę Odwołujący. Do szczegółów w tym zakresie Zamawiający odesłał do analizy sporządzonej przez pracowników Zamawiającego, wskazuje ona bowiem, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami SIWZ i na czym ta niezgodność polega. Przy czym mając na uwadze, że Odwołujący zamiaru zastosowania rozwiązań równoważnych nie zgłosił w odpowiednim czasie Zamawiającemu tj. w momencie składania oferty, jest oczywiste, że naruszył postanowienia pkt 4.2 OPZ. Obowiązek zgłaszania rozwiązań równoważnych wynika wprost z art. 30 ust 5 ustawy Pzp, również dokumentacja postępowania zawierała jasno wyartykułowane zobowiązanie dla wszystkich wykonawców, by wykazali „w treści złożonej oferty (np. w formie załącznika do formularza ofertowego) ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i funkcjonalne”. Taki sposób określenia równoważności przez Zamawiającego jest powszechnie akceptowany, bowiem

dookreślenie parametrów poszczególnych równoważnych do wskazanych w SIWZ urządzeń może nastąpić w każdy sposób, o ile jest on znany wykonawcom na etapie przed składaniem ofert. Zamawiający oceniając oferty powinien mieć pewność, czy oferowane równoważne produkty spełniają jego oczekiwania opisane w SIWZ i czy może przyjąć taką ofertę, jako zgodną z SIWZ, czy ma obowiązek ją odrzucić, wobec nie spełnienia zgodności z opisanym przedmiotem zamówienia. Tym samym Odwołujący mający zamiar zaoferowania dóbr równoważnych, winien był to odzwierciedlić w swojej ofercie. Wprowadzenie materiałów lub urządzeń równoważnych na etapie realizacji zamówienia (co sugeruje Odwołujący w treści odwołania), należałoby uznać za zmianę umowy, której możliwość dokonania winna być rozpatrywana z perspektywy przepisów Działu IV ustawy Pzp. Zamawiający wskazał ponadto, że zasadniczo niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1125/11). Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegać może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane). Oferta Odwołującego wypełnia oba ww. przypadki, więc została zasadnie odrzucona.

Odnosząc się do trzeciego zarzutu Zamawiający wskazał, iż miał uzasadnione podstawy, by twierdzić, że Odwołujący w swojej ofercie manipulował podstawami opodatkowania w ramach poszczególnych części zamówienia. Zamawiający wskazywał w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dotyczy zadania 1 i 3), bowiem „cena na wykonanie sieci ciepłowniczej przedstawiona w ofercie Wykonawcy, zarówno dla zadania nr 1 jak i zadania nr 3, w znacznym stopniu odbiega od cen rynkowych. Oferowane ceny jednostkowe wykonania 1 mb sieci ciepłowniczej w znacznym stopniu odbiegają również od cen jednostkowych wykonania sieci ciepłej w inwestycjach już wykonanych w poprzednich latach dla Zamawiającego o podobnym charakterze przedsięwzięcia tzn. wykonane łącznie sieci ciepłej oraz węzłów. Biorąc pod uwagę powyższe wyniki badania oferty Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że istotna część składowa oferty jaką jest budowa sieci ciepłowniczej w przypadku zadania nr 1 i nr 3 zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, biorąc pod uwagę odmienny charakter prac i specyfikę wykonania sieci i węzłów ciepłych, Zamawiający stwierdził jako wysoce

prawdopodobne, że powyższe spowodowane jest „przerzucaniem” kosztów pomiędzy poszczególnymi składnikami zadania, co może wg Zamawiającego wskazywać na fakt, iż celem takiego działania było uzyskanie przez wykonawcę najniższej ceny brutto. Ponadto zastosowanie przez wykonawcę, zarówno w ofercie dla zadania nr 1 jak i zdania nr 3 rozwiązań technicznych odmiennych w stosunku do wymagań projektowych oraz jednocześnie nie wskazanie tego faktu w złożonych w postępowaniu ofertach mogło być w ocenie Zamawiającego powodowane wolą Odwołującego obniżenia oferowanej ceny, co jest kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Powyższe uzasadnienie, w opinii Zamawiającego jest wyczerpujące i w pełni obrazuje, z jakich przyczyn oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Z treści uzasadnienia jasno wynika, iż zdaniem Zamawiającego Odwołujący zróżnicował ceny w poszczególnych częściach zamówienia w taki sposób, by nie tylko uzyskać zamówienia, ale także wyeliminować konkurencję. Tym samym nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że Zamawiający zaniechał wskazania powodu odrzucenia oferty, czym rzekomo naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający wskazał, że Odwołujący, mimo twierdzenia, że „wywód Zamawiającego jest zawikłany, nielogiczny i niekonkretny”, w pełni prawidłowo odczytał jego sens, albowiem jak sam w odwołaniu wskazał, chodziło Zamawiającemu o to, cyt. „że Odwołujący dokonał „przerzucanie kosztów” pomiędzy składnikami poszczególnych zadań, aby uzyskać najniższą cenę brutto”. Właśnie takie działanie wykonawcy należy kwalifikować, jako działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami. Korzyść z takiego działania wykonawcy jest oczywista, celem niedozwolonej manipulacji cenami netto poszczególnych części zamówienia opodatkowanych różnymi stawkami VAT, nie jest zaoferowanie Zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy też realne konkurowanie ceną z innymi wykonawcami, a jedynie wykorzystanie przyjętych w SIWZ założeń (o wygranej decyduje cena globalna brutto) do uzyskania zamówienia, tylko pozornie zachowując konkurencyjność.

Zamawiający wyjaśnił, iż w ramach przedmiotowego postępowania miał porównać ceny brutto poszczególnych ofert, tak więc zastosowanie niższej ceny do robót, do których zastosowanie znajduje stawka 23% VAT, przy jednoczesnym zwiększeniu wartości robót obłożonych stawką 8 % VAT w istotny sposób wpływa na wysokość końcowej ceny ofertowej, a tym samym na ranking poszczególnych ofert. Zaniżenie ceny robót budowy sieci opodatkowanej wyższą stawką VAT (cena tej części w ofercie Odwołującego była o 100% niższa, niż w pozostałych ofertach), jest ewidentną manipulacją przy wykorzystaniu różnic w stawkach podatku VAT. Takie działanie prowadzi do sztucznego obniżenia wysokości tego podatku i w konsekwencji obniżenia całości ceny o tę sztuczną różnicę. Zamawiający

wskazał, iż podejrzewa, że te działania miały na celu zdobycie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami, którzy rzetelnie wycenili koszty realizacji poszczególnych prac i zgodnie z SIWZ przygotowali swoje oferty, w tym, nie zatajając przed Zamawiającym zamiaru zastosowania równoważnych rozwiązań technologicznych. Takie działanie bezwzględnie narusza dobre obyczaje i zasadę zaufania wobec kontrahenta, jest również sprzeczne z prawem. W aktualnym stanie prawnym w przypadku sprzedaży w pakiecie usług opodatkowanych różnymi stawkami VAT, podatnik ma obowiązek prawidłowo i całkowicie odrębnie je wycenić, odnosząc cenę danej usługi wchodzącej w skład pakietu przede wszystkim do rzeczywistego kosztu jej wykonania, nie powinien zaś zawyżać ceny usługi objętej niższym podatkiem VAT lub objętej zwolnieniem, w szczególności, jeżeli działaniu takiemu towarzyszy jednoczesne zniżenie ceny usługi objętej stawką podstawową (tak KIO w wyroku z dnia 10 maja 2018 r., KIO 715/18). Zamawiający powołał się na orzecznictwo Izby odnoszące się do kwestii manipulacji ceną i jej składnikami, co winno skutkować odrzuceniem oferty (wyroki KIO z dnia 23 września 2014 r. KIO 1852/14; z dnia 24 września 2014 r. KIO 1844/14; z dnia 19 lutego 2014 r. KIO 216/14; z dnia 9 czerwca 2014 r. KIO 1049/14; z dnia 14 stycznia 2015 r. KIO 2734/14; z dnia 10 listopada 2016 r. KIO 2043/16). Zamawiający wskazał także, iż katalog czynów nieuczciwej konkurencji jest otwarty, ma bowiem na celu eliminację z rynku zachowania uczestników obrotu gospodarczego, które w obiektywnym odczuciu są nieuczciwe, niezgodne z powszechnie przyjętymi regułami postępowania, które w efekcie nieuprawnionych działań powodują naruszenie uczciwej konkurencji oraz wpływają na utrudnienie do rynku dla konkurentów. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie przywołał konkretnych przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak opisał zarzucany czyn w sposób wyczerpujący, wskazał bowiem na czym polegało działanie Odwołującego wyczerpujące znamiona opisanego czynu. W opinii Zamawiającego działanie Odwołującego nie wypełniło wprost przesłanek żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji wskazanych w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak Zamawiający kwalifikował je jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, bo zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, Zamawiający oceniał ofertę odwołującego w świetle klauzuli generalnej przepisu art. 3 ust 1 u.z.n.k. Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym było odrzucenie oferty Odwołującego, który naruszył przedmiotową regułę. W opinii Zamawiającego oferta Odwołującego nie była zgodna z regułami uczciwej konkurencji, tym samym spełniała przesłankę z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu czwartego Zamawiający wskazał na jego blankietowy charakter. Zamawiający powołał się na wcześniej wskazaną argumentację i zaprzeczył, jakoby dokonał niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru ofert w postępowaniu. Odnosząc się zaś do zarzutu piątego Zamawiający zauważył, że Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił uzasadnienia do tego zarzutu. Zamawiający podniósł, iż art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie obliuguje Zamawiającego do wdrożenia wskazanej tam procedury wyjaśniającej, a daje mu jedynie taka możliwość. Instytucja wyjaśnień treści oferty przewidziana w ww. przepisie ma więc charakter fakultatywny. Zamawiający wskazał na wyrok Izby z dnia 9 marca 2010 r. KIO/UZP 149/10, podnosząc, że działając z należytą starannością wszczął procedurę wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust 1 ustawy Pzp., co w obliczu podniesionej wyżej (w odpowiedzi na zarzut 1) argumentacji było zasadne i zgodne przepisami. Tak samo Zamawiający nie miał obowiązku wezwania Odwołującego i innych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co również postuluje Odwołujący. Zamawiający wyjaśnia, iż w dn. 16 kwietnia 2021 r. zamieścił na stronie platformy zakupowej, na której prowadzone było postępowanie, zawiadomienie o odrzuceniu ofert KPW złożonych na zadanie nr 1 i zadanie nr 3 oraz o wyborze ofert najkorzystniejszych w tych zadaniach. Wkrótce po dokonaniu powyżej czynności Zamawiający stwierdził, iż została wykonana omyłkowo, gdyż przed zawiadomieniem o wyborze ofert Zamawiający powinien wezwać wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione, do złożenia aktualnych oświadczeń i dokumentów. Po unieważnieniu ww. czynności Zamawiający wezwał Wykonawców, których oferty - po odrzuceniu ofert Odwołującego - zostały najwyżej ocenione w ramach danego Zadania, do złożenia wymaganych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów. Przed wezwaniem do złożenia oświadczeń i dokumentów Zamawiający dokonał dodatkowo powtórnie badania o oceny ofert by z uwagi na złożony przedmiot zamówienia, przebieg postępowania, a zwłaszcza pytania wykonawców i udzielone im wyjaśnienia zweryfikować prawidłowość decyzji podjętych w zakresie wyboru oferty. W dn. 19 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego ofert w Zadaniu nr 1 i 3. Po przekazaniu przez wykonawców, których oferty zostały wybrane za najkorzystniejsze oświadczeń i dokumentów i ocenie ich zgodności z wymaganiami SIWZ, Zamawiający w dn. 26 kwietnia 2021 r. ogłosił zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych w ramach zadania nr 1 i zadania nr 3.

W dniu 23 czerwca 2021 r. pismo procesowe w sprawie złożyli także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TERMORES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie i PRESYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Przystępujący Konsorcjum TERMORES”).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Konsorcjum TERMORES wskazało, iż w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym to na Odwołującym spoczywa bezwzględnie ciężar dowodu, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tymczasem w odwołaniu na próżno szukać jakiegokolwiek merytorycznej argumentacji zmierzającej do wykazania, że ceny zaoferowane przez Odwołującego w obu spornych zadaniach są rynkowe i nie zostały w sposób nieuczciwy zaniżone. W tym zakresie wywody Odwołującego zamknęły się w zasadzie w dwóch zdaniach zawartych na stronie 10 odwołania, w których Odwołujący podnosi, iż: „w toku aukcji złożono szereg ofert o podobnej cenie” oraz, że „Odwołujący w piśmie z dnia 24 marca 2021 r. złożył bardzo obszerne szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami, wskazując na osiągnięcie zysku w obu zadaniach”. Zdaniem Odwołującego powyższe miałyby „dowodzić”, iż złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Odwołujący nie wykazał w odwołaniu jakiegokolwiek aktywności dowodowej, uznając najwyraźniej, że wyjaśnienia udzielone przez niego na wezwanie Zamawiającego są wystarczające same w sobie i nie opatrzył ich w odwołaniu żadnym komentarzem w kontekście okoliczności podniesionych z kolei w decyzji o odrzuceniu jego oferty. W powyższym kontekście, najwyraźniej w braku argumentów merytorycznych odnoszących się do istoty sprawy (tj. do domniemanego rażącego poziomu zaoferowanej ceny), Odwołujący przyjął taktykę kwestionowania wezwań do wyjaśnień ceny jakie przed decyzją o odrzuceniu jego oferty otrzymał od Zamawiającego. Zarzuty podnoszone w tym zakresie są jednak nie tylko bezpodstawne, lecz również spóźnione. Odwołujący nie złożył bowiem w przepisany terminie odwołania wobec otrzymanych od Zamawiającego wezwań, a tym samym nie może kwestionować ich na obecnym etapie. Inna rzecz, że tego rodzaju odwołania skazane byłyby na oddalenie, bowiem w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający był wręcz zobowiązany do dokonania zarówno pierwszego wezwania do wyjaśnień z dnia 23 lutego br. w zakresie zadania nr 1 (a to wobec spełnienia się przesłanek obowiązkowego wezwania, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 PZP), jak i kolejnych wezwań z dnia 16 oraz 31 marca br. w zakresie obu zadań, uzasadnionych z kolei wątpliwościami Zamawiającego co do poziomu zaoferowanych cen, zwłaszcza w odniesieniu do sieci ciepłowniczych, a w konsekwencji co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Nie sposób czynić Zamawiającemu jakichkolwiek zarzutów w związku z tym, że poprzez procedurę wyjaśnień dążył do kompleksowego wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a w tym zakresie m.in. również do ustalenia czy założenia przyjęte przez Odwołującego do kalkulacji oferty są zgodne z dokumentacją projektową, czy też opierają się na rozwiązaniach równoważnych - co ma kluczowy wpływ na ocenę realności zaoferowanej ceny.

Odnosząc się w dalszej kolejności do okoliczności sprawy w zakresie rażąco niskiej ceny, Konsorcjum TERMORES wskazało, iż zgadza się w pełni z twierdzeniem Zamawiającego odnośnie tego, że cena istotnej części zamówienia zaoferowana przez Odwołującego w wyniku aukcji w obu spornych zadaniach w zakresie budowy sieci ciepłej, w znacznym stopniu odbiega od cen rynkowych jak i cen uzyskiwanych przez Zamawiającego w podobnych procesach inwestycyjnych. W konsekwencji zaoferowana cena zasadnie wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia w obu zadaniach zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania, które to wątpliwości nie zostały usunięte przez Odwołującego w toku procedury wyjaśnień. Wręcz odwrotnie, udzielone wyjaśnienia potwierdziły istotne i nieuzasadnione zaniżenie ceny zaoferowanej za wykonanie sieci ciepłej wynikające m.in. z przyjęcia do kalkulacji przez Odwołującego tańszych rozwiązań nie przewidzianych w dokumentacji projektowej i nie zgłoszonych Zamawiającemu jako rozwiązania równoważne, a także nieuprawnionego przerwania istotnej części kosztów dot. budowy sieci opodatkowanych wyższą 23% stawką podatku do pozostałej części zadania (tj. do budowy węzłów), a przez to sztuczne zwiększenie wartości robót netto obłożonych niższym 8% podatkiem VAT, co w efekcie spowodowało, że cena zaoferowana przez Odwołującego za wykonanie sieci w każdym z ww. zadań była o 100% niższa niż w pozostałych ofertach.

Przystępujący dalej wskazał, iż Odwołujący argumentuje, że rzekomo ceny ofert innych wykonawców (zaoferowane w toku aukcji elektronicznej i nie budzące wątpliwości Zamawiającego) jednoznacznie wskazują, iż złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, z czym nie sposób się zgodzić. W wyniku aukcji, Odwołujący zaoferował za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej (pozycja nr 1 formularza ofertowego): w zakresie Zadania nr 1 - kwotę 496.726,62 zł brutto (w stosunku do kwoty 3.096.771 brutto zaoferowanej za budowę sieci w pierwotnej ofercie przed aukcją), w zakresie Zadania nr 3 - kwotę 1.244.132,20 zł brutto (w stosunku do kwoty 5.429.527,50 brutto zaoferowanej za budowę sieci w pierwotnej ofercie przed aukcją). Tymczasem dla przykładu, cena zaproponowana za ten sam zakres (tj. budowa i przebudowa sieci ciepłowniczej) przez Konsorcjum TERMORES w pozycji nr 1 dla Zadania nr 1 wynosiła 864.880,00 zł brutto, a zatem prawie dwukrotnie więcej niż zaoferował Odwołujący - analogiczny wynik uzyskuje się porównując ceny za sieci obu oferentów w Zadaniu nr 3. Szczegółowe zestawienie cen zaoferowanych przez wykonawców w wyniku aukcji za wykonanie budowy i przebudowy sieci ciepłowniczej w obu Zadaniach Przystępujący przedstawił w tabeli. Jak wynika z tej tabeli, cena zaoferowana przez Odwołującego w zakresie sieci ciepłowniczej (istotny element cenotwórczy) w sposób znaczący odbiega od cen zaproponowanych przez innych

oferentów. Nie jest również prawdą twierdzenie Odwołującego, że ceny innych ofert nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający już bowiem po aukcji elektronicznej wezwał do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zarówno Konsorcjum TERMORES, jak i Konsorcjum WAMACO.

Odnosząc się do wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, Przystępujący wskazał, iż są one niewiarygodne co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze w wyjaśnieniach z dnia 25 lutego b.r. Odwołujący wskazał, że nie zamierza powierzać wykonania zamówienia podwykonawcom. Tymczasem tak znaczne obniżenie ceny wykonania sieci ciepłej sugeruje, że wbrew ww. deklaracji Odwołujący będzie korzystał z podwykonawców. Po drugie natomiast, jak wynika z treści odwołania, Odwołujący traktuje udzielone przez siebie wyjaśnienia (zwłaszcza z dnia 24 marca br.) jedynie jako materiał poglądowy, czy wręcz przykładowy, co absolutnie mija się z celem udzielanych wyjaśnień, które z założenia przedstawiać powinny realne kalkulacje cenowe i konkretne założenia wykonawcy w zakresie przyjmowanego sposobu wykonania prac, użytych materiałów i rozwiązań. Tymczasem na str. 11 akapit 1 oraz na str. 18 akapit 4 odwołania, Odwołujący wyraźnie podkreśla, że przedstawiona w toku wyjaśnień wycena wymienionych rozwiązań technicznych i urządzeń została wykonania niejako wyłączne na jego wewnętrzne potrzeby li tylko w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny, zaś wskazane w kalkulacji materiały zaproponowano przykładowo.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego sprzeczności oferty Odwołującego z treścią SIWZ Przystępujący Konsorcjum TERMORES podniósł, iż Zamawiający pozyskując z wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego wiedzę na temat możliwych niezgodności w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia oraz wątpliwości, co do prawidłowości wyceny, zobowiązany był jednoznacznie ustalić, czy rzeczywiście Odwołujący kalkulując cenę oferty wziął pod uwagę prawidłowy zakres przedmiotu zamówienia, a także czy oferuje Zamawiającemu przedmiot zamówienia zgodny z SIWZ. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący nie ma przy tym większego znaczenia podstawa prawna podana w treści wezwania do wyjaśnień z dnia 31 marca 2021 r. Nawet jeżeliby przyjąć, że podstawa ta była wadliwa (z czym Przystępujący się nie zgadza), to w orzecznictwie Izby powszechnie przyjmuje się, że wskazanie podstawy prawnej w skierowanym wezwaniu nie przesądza o jego prawidłowości. Oczywiście wykonawca winien być zorientowany w ramach jakiego przepisu kierowane jest do niego wezwanie. Podany przepis podstawy wezwania umożliwia wykonawcy uzupełnienie wiedzy co do zakresu wzywania. Jednakże brak jego podania może być co najwyżej uchybieniem formalnym nie mającym wpływu na ważność wezwania. Wykonawca winien czerpać wiedzę co do zakresu wezwania nie z treści wskazanego przepisu, ale treści samego wezwania, gdyż to treść wezwania determinuje jego

prawidłowość, a chociażby o tym czy wezwanie jako nieprecyzyjne nie powinno być ponowione. W przedmiotowej sprawie wezwanie skierowane do Odwołującego było jednoznaczne i nie budziło jego wątpliwości. Znamienne przy tym zdaniem Przystępującego jest to, że na bardzo precyzyjne pytania Zamawiającego zawarte w ostatnim wezwaniu z dnia 31 marca br. o to, jakie konkretne rozwiązania Odwołujący oferuje i czy zostały one przewidziane w dokumentacji projektowej, a jeżeli nie, to czy są równoważne (co Odwołujący powinien wykazać odpowiednim dokumentem) - Odwołujący w piśmie z dnia 7 kwietnia br. udzielił wymijającej ogólnej odpowiedzi, iż zaproponowane przez niego rozwiązanie jest zgodne z projektem oraz SIWZ dodatkowo jednak zaznaczając, że Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne nie precyzując kryteriów równoważności. Udzielone w ten sposób odpowiedzi w istocie niczego nie wyjaśniają, a zarazem sugerują jakoby oferowane rozwiązania w spornych obszarach wskazanych w decyzji o odrzuceniu oferty były z jednej strony przewidziane w projekcie (co nie wymaga wykazywania równoważności), a jednocześnie spełniały niedookreślone przez Zamawiającego wymagania równoważności - co wzajemnie się wyklucza. W ocenie Przystępującego Konsorcjum TERMORES, Odwołujący świadomie kluczył i unikał jednoznacznych odpowiedzi, aby uniknąć sankcji odrzucenia, a jednocześnie pozostawić sobie jak najszersze pole do argumentacji w ewentualnym odwołaniu, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w decyzji o odrzuceniu. Takie działanie Odwołującego nie może zasługiwać na ochronę i musi działać na jego niekorzyść.

W dalszej kolejności Konsorcjum TERMORES wskazało, że Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że ten nie przedstawił odmiennych, ale równoważnych rozwiązań w stosunku wymogów projektowych, lecz zaproponował rozwiązanie sprzeczne z wymogami OPZ i nie będące rozwiązaniem równoważnym. Nie jest przy tym prawdą twierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający w treści SIWZ, jak i w żadnym innym dokumencie nie opisał i nie zdefiniował pojęcia równoważności. Przystępujący wskazał na treść OPZ dla Zadania nr 1 (załącznik 3a do SIWZ) pkt 3.2 oraz treść OPZ dla Zadania nr 3 (załącznik 3c do SIWZ), pkt 4.2. Zdaniem Przystępującego Odwołujący w swojej ofercie uwzględnił rozwiązania odmienne niż wymagane przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej, co też jednoznacznie potwierdził w swoim odwołaniu i można tu mówić o okoliczności bezspornej. Odwołujący nie podołał jednak obowiązkowi wykazania, że zaproponowane przez niego rozwiązania mają charakter równoważny, ani na etapie składania oferty (w której nie ujawnił zaoferowanie rozwiązań równoważnych, pomimo, iż obowiązek taki został wyraźnie nałożony na wykonawców), ani na etapie udzielania wyjaśnień, gdzie Odwołujący poprzestał na wskazanej powyżej wymijającej odpowiedzi o rzekomej zgodności oferowanych rozwiązań z projektem oraz SIWZ. Sam Odwołujący w treści odwołania

przyznaje, że zamierzał zastosować rozwiązania odmienne od wymaganych przez Zamawiającego, błędnie jednak wywodząc, że zostały one niejako dopuszczone w treści „Wytycznych projektowania sieci ciepłowniczych obowiązujących w LPEC S.A.”, do których odwołuje się OPZ. Przystępujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt 3.6 Załącznika nr 3a do SIWZ, OPZ dla Zadania nr 1 oraz pkt 4.6 Załącznika 3c do SIWZ, OPZ dla Zadania nr 3 Wykonawca był zobowiązany wykonać zamówienie w oparciu o opracowaną i udostępnioną dokumentację projektową. Rozwiązania techniczne i materiały, których użycie zakładał Odwołujący - a które nie zostały przewidziane w dokumentacji projektowej - wymagały ich uprzedniego zgłoszenia jako rozwiązań równoważnych, czego Odwołujący zaniechał. Powyższe zaniechanie nie mogło być sanowane już po złożeniu oferty. Z uwagi natomiast na zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień Odwołującego, Przystępujący wskazał, iż może odnieść się jedynie do tych rozwiązań zamiennych, które przytacza sam Zamawiający w decyzji o odrzuceniu.

W zakresie zastosowania zwężki stalowej z połączeniem mufy redukcyjnej zamiast zastosowania redukcji preizolowanych Przystępujący podniósł, że wspomniane Wytyczne, na które powołał się Odwołujący, nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia i nie zostały nawet załączone do SIWZ przez Zamawiającego z przyczyn oczywistych, bowiem dotyczą one projektowania, nie zaś wykonania robót budowlanych będących przedmiotem niniejszego zamówienia. Rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego nie jest rozwiązaniem równoważnym z uwagi na to, że zaproponowana mufa redukcyjna termokurczliwa nie jest sieciowana radiacyjnie. Producent materiałów preizolowanych, na którego ofertę powołuje się Odwołujący tj. firma „ZPU Jońca” w ogóle takiej mufy nie produkuje.

W zakresie zastosowanie elementów studziennych z polipropylenu w miejsce elementów żelbetowych Przystępujący wskazał, iż w miejsce studni betonowych o średnicy 1000 mm Odwołujący zastosował studzienki z polipropylenu o średnicy min. 425 mm. Rozwiązanie takie z pewnością nie ma charakteru równoważnego. Ze względów eksploatacyjnych znacznie lepszym rozwiązaniem jest zastosowanie studni o średnicy 1000 mm, niż studzienki o średnicy 425 mm. Jest to szczególnie ważne jeśli mamy do czynienia ze studzienką, która ma za zadanie umożliwić dostęp do zaworów odcinających z odpowietrzeniem. Przystępujący podkreślił, że jest wręcz niemożliwe, aby do tak małej studzienki wykonanej z polipropylenu o średnicy 425 mm, czy nawet o średnicy 630 mm zmieściły się zawory z funkcją odpowietrzenia. Ponadto wskazał, że stosując studzienki wykonane z rur karbowanych z polipropylenu należałoby zwiększyć dwukrotnie ilość tych studzienek w stosunku do projektu podstawowego, tj. w Zadaniu nr 1 ilość studzienek winna

wynosić 34 szt., w Zadaniu nr 3 ilość studzienek winna wynosić 58 szt., co powinno też znaleźć finalnie odzwierciedlenie w wyższej cenie.

Co do braku montażu trójników bocznych Przystępujący wskazał, że w miejsce trójników DN 600/125 Odwołujący zastosował najprawdopodobniej bezpośrednio wstawianie rury DN 125 do rury DN600 mm. Jest to z pewnością rozwiązanie gorsze niż oczekiwany przez Zamawiającego „pełnowartościowy” trójnik (izolowany tradycyjnie lub preizolowany). Przystępujący wyjaśnił, że w odpowiedziach z dnia 2 grudnia 2020 r. (pytanie nr 25), na które Odwołujący powołuje się w swych wyjaśnieniach, Zamawiający wypowiedział się i dopuścił jedynie odmienny sposób izolacji (preizolowany lub izolowany tradycyjnie). Odpowiedź Zamawiającego w żadnym przypadku nie może być traktowana jako zgoda na bezpośrednie wstawianie rury DN 125 w rurę główną DN600 mm. Co więcej, Zamawiający w swoich „Wytycznych” nie dopuszcza takiego rozwiązania. Rozwiązanie takie jest dopuszczalne jedynie w obrębie komór, a miejsce włączenia oznaczone jako PP-4 z pewnością nie znajduje się w obrębie komory. Najbliższa komora zlokalizowana jest w odległości 90 metrów.

Podsumowując powyższe, zdaniem Konsorcjum TERMORES nie ulega wątpliwości, że Odwołujący zaoferował rozwiązania nie przewidziane w dokumentacji projektowej, co jest bezsporne. Fakt oparcia rozwiązań zamiennych na ww. Wytycznych dot. projektowania, do których odwołuje się projekt absolutnie nie zwalniał Odwołującego ze złożenia już na etapie oferty dodatkowych dokumentów potwierdzających równoważność względem rozwiązań uwzględnionych w projekcie i już chociażby z tej przyczyny oferta Odwołującego jako niezgodna z SIWZ podlegała odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Przystępujący wskazał, iż przeprowadzone przez Zamawiającego w niniejszym przypadku badanie było przeprowadzone należycie i potwierdziło, że Odwołujący dopuścił się manipulacji cenami pomiędzy ceną za wykonanie sieci ciepłowniczej, a ceną za pozostały zakres prac (w tym węzłów cieplnych). Zamawiający wskazał bowiem, iż istotna część składowa oferty jaką jest budowa sieci ciepłowniczej w obu Zadaniach zawiera rażąco niską cenę. Konsekwencją powyższego ustalenia oraz przy wzięciu pod uwagę odmiennego charakteru prac i specyfiki wykonania sieci i węzłów cieplnych, Zamawiający doszedł do wniosku, że wysoce prawdopodobne jest dokonanie przeliczenia przez Odwołującego kosztów pomiędzy poszczególnymi składnikami zadania. Powyższe jest o tyle uzasadnione, że zniżenie ceny za sieć ciepłowniczą, której realizacja jest opodatkowana stawką 23% VAT, oraz przeliczenie kosztów na realizację węzłów cieplnych opodatkowanych niższą stawką VAT w wymiarze 8%, skutkowało obniżeniem globalnej ceny oferty brutto. Przystępujący podniósł, że Zamawiający w treści SIWZ część XIV pkt 8 wskazał, iż: „Zamawiający przyjmuje, że

przedmiot zamówienia w zakresie sieci i przyłączy ciepłowniczych objęty jest stawką 23 %, zaś w zakresie węzłów, zgodnie z Art.41 ust. 12-12c ustawy o podatku od towarów i usług stawką 8 lub 23%.” Odwołujący w ofercie ostatecznej dla Zadania nr 3 wskazał 23% stawkę podatku VAT dla pozycji nr 1 tj. Budowa i przebudowa osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami przy ul. K. Lipińskiego i Radzyńskiej w Lublinie oraz pozycji 25 i 26, natomiast do pozostałych pozycji od 2 - 24, oraz 27 zastosowanie znalazła niższa stawka 8 %. Podobnie w ofercie ostatecznej dla Zadania nr 1: pozycja 1 „Budowa i przebudowa osiedlowej sieci ciepłowniczej wraz z przyłączami przy ul. Noskowskiego, Harnasie i Króla Rogera w Lublinie” zawierała 23% stawkę podatku VAT, natomiast do pozostałych pozycji od 2- 14 zastosowanie znalazła niższa stawka 8 %. Podobnie zastosowanie przez Odwołującego odmiennych rozwiązań technicznych (o których była mowa szerzej w pkt 2 powyżej), bez wykazania tego faktu w złożonych ofertach mogło być przejawem celowego i wykraczającego poza uczciwą konkurencję rynkową obniżenia ceny ofertowej.

Zdaniem Przystępującego mimo, iż zachowanie Odwołującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, to jego ocena w świetle unormowań art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jest oczywista. Okolicznością przesądającą o naganności postępowania Odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest bowiem manipulowanie ceną ofertową, poprzez „odpowiednie” rozłożenie kosztów realizacji zamówienia pomiędzy wykonanie sieci ciepłowniczej i węzłów ciepłych. Działanie takie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców (w tym Przystępującego), którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne prace, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, a co za tym idzie zachowanie Odwołującego utrudniło im dostęp do rynku. Jest ono także w sposób oczywisty sprzeczne z dobrymi obyczajami. Przystępujący w tym zakresie powołał się na orzecznictwi Izby dotyczące kwestii manipulowania cenami ofert w celu sztucznego podwyższenia punktacji oferty, uznając takie praktyki za naganne i predestynujące oferty wykonawców, którzy je stosują do odrzucenia. Przystępujący podniósł, iż czynem nieuczciwej konkurencji w myśl art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jest każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a z pewnością zaoferowanie zaniżonej i nierynkowej ceny za wykonanie sieci ciepłowniczej zagraża interesowi innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jak prawidłowo ustalił Zamawiający, zaoferowana przez Odwołującego cena za 1mb sieci ciepłowniczej w sposób znaczny odbiega od cen rynkowych, a co za tym idzie nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów jej wykonania - co wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Przystępujący wskazał ponadto, iż w tym przypadku korzyść Odwołującego jest taka, że zniżenie ceny robót dotyczących sieci,

opodatkowanych wyższą stawką podatku VAT, doprowadziło do sztucznego obniżenia wysokości tego podatku i w konsekwencji zaniżenia ceny globalnej brutto. Działanie takie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i narusza interes pozostałych oferentów, a docelowo również interes Zamawiającego. W tym zakresie wskazano także na wyrok Izby z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt: KIO 2553/15.

Zdaniem Konsorcjum TERMORES nie zasługuje również na aprobatę zarzut Odwołującego polegający na rzekomym naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1 i 3. Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego było dokonanie wyboru ofert innych wykonawców w rzeczonych zadaniach zgodnie z przyjętymi kryteriami. Podobnie nie może się ostać zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania wezwania go w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty - wezwanie takie byłoby niezasadne, a poza tym niedopuszczalne skoro oferta Odwołującego była obarczona wadą w postaci sprzeczności z treścią SIWZ oraz zawierała rażąco niską cenę. Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, Zamawiający nie był zobowiązany do ponownego wezwania Odwołującego oraz innych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia ofert - z pewnością obowiązku takiego nie można wywodzić z samego faktu dokonania unieważnienia czynności wyboru i czynności odrzucenia ofert, nie wynika to też z treści pisma Zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2021 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TERMORES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka

komandytowa z siedzibą w Rzeszowie i PRESYSTEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „WAMACO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie i Heatco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Zadania nr 1 i 3, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, w tym OPZ, oferty wykonawców, wezwania kierowane przez Zamawiającego do Odwołującego oraz udzielone na nie odpowiedzi, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na okoliczność ich treści, tj.:

1. wytyczne projektowania LPEC S.A.;
2. pismo ZPU Jońca Sp. z o.o. wraz z dokumentami dot. uprawnień osoby, która podpisała pismo;
3. wydruk z prezentacji dot. przyczyn awarii rurociągów preizolowanych (Veolia);
4. protokoły odbioru technicznego - końcowego sieci ciepłowniczej, faktury i dokumenty wydania dotyczące redukcji;
5. faktura wystawiona przez ZPU Jońca Sp. z o.o. za zakup trójnika stalowego 600/125;

Za oświadczenia własne Odwołującego uzupełniające jego stanowisko procesowe Izba uznała:

- rysunek poglądowy zwężki stalowej wraz z opisem (zał. do odwołania);
- zestawienie własne Odwołującego pn. „Wykaz budów sieci ciepłowniczych na zlec. LEPC S.A., na których w miejsce redukcji stalowych izolowanych fabrycznie zamontowano redukcje stalowe z mufą redukcyjną sieciowaną izolowaną” wraz z rysunkiem dot. sposobu montażu zwężki stalowej;

- rysunek poglądowy studzienek wraz z opisem oraz informacje dot. lokalizacji projektowanych studzienek;
- zestawienie własne dotyczące szacunkowego kosztu wykonania 1mb sieci ciepłowniczej;
- zestawienie własne dot. nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum WAMACO;
- zestawienie własne pn. „błędy w SIWZ”.

Za oświadczenia własne Przystępującego Konsorcjum TERMORES uzupełniające jego stanowisko procesowe Izba uznała przedstawione rysunki przekrojów studni oraz zestawienia dotyczące porównania cen ofert w poszczególnych zadaniach przed i po aukcją oraz w zakresie poszczególnych elementów składowych ceny i ich relacji do opodatkowania stawkami VAT.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt III SIWZ przedmiotem zamówienia jest budowa preizolowanej sieci ciepłowniczej oraz remonty sieci ciepłowniczej na terenie miasta Lublin. Przedmiot zamówienia składa się z 3 odrębnych zadań, w tym: Zadanie nr 1 (Działania 1.5, poz. 5) pn.: „Zmiana systemu dostarczania ciepła do instalacji w budynkach zasilanych dotychczas z podstacji PC-1 przy ul. Noskowskiego 6 w Lublinie. Nr budżetu: M/00704/TR1/17” wraz z wykonaniem węzłów cieplnych indywidualnych c.o.+c.w. w budynkach przy: 1. ul. Noskowskiego 8- nr budżetu I/00243/TR1/17, 2. ul. Noskowskiego 4- nr budżetu I/00244/TR1/17, 3. ul. Noskowskiego 2- nr budżetu I/00245/TR1/17, 4. ul. Harnasie 5 - nr budżetu I/00246/TR1/17, 5. ul. Harnasie 3 R-1- nr budżetu I/00247/TR1/17, 6. ul. Harnasie 3 R-2- nr budżetu I/00248/TR1/17, 7. ul. Króla Rogera 1 R-4- nr budżetu I/00249/TR1/17, 8. ul. Harnasie 7 R-5- nr budżetu I/00250/TR1/17, 9. ul. Harnasie 7 R-6- nr budżetu I/00251/TR1/17, 10. ul. Króla Rogera 5 - nr budżetu I/00252/TR1/17, 11. ul. Króla Rogera 8 - nr budżetu I/00253/TR1/17, 12. ul. Króla Rogera 6 - nr budżetu I/00254/TR1/17, 13. ul. Króla Rogera 3 - nr budżetu I/00255/TR1/17 oraz Zadanie nr 3 (Działania 1.5, poz. 6) pn.: „Zmiana systemu dostarczania ciepła do instalacji w budynkach mieszkalnych wielorodzinnych i usługowych przy ul. K. Lipińskiego i Radzyńskiej w Lublinie . Nr budżetu: M/00705/TR1/17” wraz z wykonaniem węzłów cieplnych indywidualnych jedno i dwufunkcyjnych c.o.+c.w. w budynku przy: 1. ul. Lipińskiego 5 - nr budżetu I/00257/TR1/17, 2. ul. Lipińskiego 7 - nr budżetu I/00258/TR1/17, 3. ul. Lipińskiego 9 - nr budżetu I/00259/TR1/17, 4. ul. Lipińskiego 11- nr budżetu I/00260/TR1/17, 5. ul. Lipińskiego 13- nr budżetu I/00261/TR1/17, 6. ul. Radzyńska 10 R-1- nr budżetu I/00262/TR1/17, 7. ul. Radzyńska 10 R-2 - nr budżetu I/00263/TR1/17, 8. ul. Radzyńska 10 R-3 - nr budżetu I/00264/TR1/17, 9. ul. Lipińskiego 15 R-4 - nr budżetu I/00265/TR1/17, 10. ul. Lipińskiego 15 R-5 - nr budżetu I/00266/TR1/17, 11. ul. Lipińskiego 21- nr budżetu I/00267/TR1/17, 12. ul. Lipińskiego 23- nr budżetu

I/00268/TR1/17, 13. ul. Radzyńska 18 R-2- nr budżetu I/00269/TR1/17, 14. ul. Radzyńska 18 R-3- nr budżetu I/00270/TR1/17, 15. ul. Radzyńska 18 R-4- nr budżetu I/00271/TR1/17, 16. ul. Radzyńska 20 R-1- nr budżetu I/00272/TR1/17, 17. ul. Radzyńska 20 R-2- nr budżetu I/00273/TR1/17, 18. ul. Radzyńska 20 R-3- nr budżetu I/00274/TR1/17, 19. ul. Lipińskiego 25 R-4 - nr budżetu I/00275/TR1/17, 20. ul. Lipińskiego 25 R-5 - nr budżetu I/00276/TR1/17, 21. ul. Lipińskiego 27- nr budżetu I/00277/TR1/17, 22. ul. Radzyńska 22- nr budżetu I/00278/TR1/17, 23. ul. Lipińskiego 2A- nr budżetu I/00279/TR1/17, 24. ul. Lipińskiego 29- nr budżetu I/00280/TR1/17, 25. ul. Radzyńska 16- nr budżetu I/00281/TR1/17, 26. ul. Lipińskiego 8A- nr budżetu I/00282/TR1/17, 27. ul. Lipińskiego 27A- nr budżetu I/00284/TR/17.

Szczegółowe opisy i realizacja robót objętych przedmiotem zamówienia zostały zawarte w załącznikach oznaczonych jako Załącznik Nr 3A do SIWZ dla Zadania Nr 1 oraz Załącznik Nr 3C dla Zadania Nr 3. Opis przedmiotu zamówienia zawiera Dokumentację projektową, Szczegółową Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót, Informacje dotyczące Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia – tzw. BIOZ, stanowiące integralną część Dokumentacji Projektowej. Zamawiający wskazał ponadto, iż poza ww. dokumentami przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z dokumentem „Wytyczne wykonania, montażu i odbioru sieci ciepłowniczych z rur i kształtek preizolowanych obowiązujące w LPEC S.A. w Lublinie - Załącznik nr 4a do SIWZ/ Specyfikacja techniczna LPEC S.A. dla zespołów rurowych i kształtek preizolowanych z rur stalowych czarnych w izolacji cieplnej z poliuretanu i płaszczem z polietylenu - Załącznik Nr 4b do SIWZ.

W zakresie dotyczącym Zadania nr 1 w OPZ (załącznik nr 3A do SIWZ) w pkt 3.2. OPZ wskazano, iż zastosowane przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wskazania pochodzenia wyrobów służą określeniu standardów cech technicznych i jakościowych. Użyte w niniejszym Opisie przedmiotu zamówienia znaki towarowe, patenty, źródła pochodzenia produktu bądź nazwy własne producentów dotyczące określonych materiałów, urządzeń, systemów lub procesu, który charakteryzuje produkt lub usługę mają jedynie charakter wzorcowy (przykładowy) i dopuszczone jest składanie ofert równoważnych (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Odniesienie się do norm, aprobat lub specyfikacji technicznych oznacza, że Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne (art. 30 ust. 4 ustawy Pzp). Materiały, urządzenia, systemy, procesy lub rozwiązania równoważne muszą spełniać wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne w zakresie standardów jakościowych oraz parametrów technicznych i technologicznych przyjętych w dokumentacji projektowej (specyfikacji technicznej). Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty (np. w formie załącznika do Formularza ofertowego) ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i

funkcjonalne. Ponadto wymaga się od Wykonawcy podania nazwy producenta, modelu, typu lub rodzaju oferowanego produktu równoważnego oraz opisu jego właściwości technicznych i funkcjonalnych (kompletne karty produktowe, prospekty, katalogi, foldery itp.). Udowodnienie równoważności stosowanych urządzeń i materiałów spoczywa na Wykonawcy. Zastosowane materiały, urządzenia, systemy, procesy lub rozwiązania równoważne nie będą miały wpływu na zmianę ustalonej ceny umownej (ryczałt) w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto jeżeli zastosowanie rozwiązań równoważnych pociąga za sobą konieczność dokonania zmian projektowych w dokumentacji (stanowiącej załączniki do niniejszego Opisu przedmiotu zamówienia), Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania dokumentacji zamiennej uwzględniającej wprowadzone zmiany na koszt własny i uzyskania jej akceptacji Zamawiającego, oraz o ile to niezbędne uzyskania również uzgodnień (zezwoleń, pozwoleń, itp.) lub ostatecznych, bądź też natychmiast wykonalnych decyzji odpowiednich instytucji, podmiotów i organów administracyjnych. Zgodnie z pkt 3.6. OPZ wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie w oparciu o opracowaną i udostępnioną Dokumentację projektową. Do OPZ załączono projekty budowlane i wykonawcze, projekt tymczasowej organizacji ruchu, STWIORB, opracowanie dendrologiczne i decyzję o wycince drzew.

Analogiczne postanowienia zawarto w pkt 4.2 i 4.6 OPZ dla Zadania nr 3 (załącznik nr 3C do SIWZ).

Oferty na wykonanie zadania 1 i 3 w postępowaniu złożyli m.in. Odwołujący oraz obaj Przystępujący. Konsorcjum TERMORES załączyło do oferty wykaz zastosowanych materiałów i urządzeń równoważnych oraz karty katalogowe i szczegółowe karty doboru oferowanych równoważnych wymienników ciepła. Konsorcjum WAMACO załączyło do oferty zestawienie zaoferowanych urządzeń dla poszczególnych zadań z zaznaczeniem zastosowanych materiałów i urządzeń równoważnych oraz dokumenty (w tym karty katalogowe) zastosowanych materiałów i urządzeń równoważnych). Odwołujący do oferty nie załączył żadnych dokumentów, które wskazywałyby na zastosowanie rozwiązań równoważnych do przewidzianych w dokumentacji projektowej.

W zakresie zadania nr 1 po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej cena oferty Odwołującego wyniosła 1 950 000,00 zł brutto (1 749 466,28 zł netto), w tym za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej (VAT 23%) 496 726,62 zł brutto (403 842,78 zł netto). Cena oferty Konsorcjum TERMORES wyniosła 1 960 000 zł brutto (1 717 154,47 zł netto), w tym za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej (VAT 23%) 864 880,00 zł brutto (703 154,47 zł netto). Cena oferty Konsorcjum WAMACO wyniosła 2 110 000 zł brutto (1 818 532,52 zł netto), w tym za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej (VAT 23%) 1 197 076,00 zł brutto (973 232,52 zł netto).

W zakresie zadania nr 3 po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej cena oferty Odwołującego wyniosła 4 604 500,00 zł brutto (4 104 899,59 zł netto), w tym za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej (VAT 23%) 1 244 132,20 zł brutto (1 011 489,59 zł netto). Cena oferty Konsorcjum TERMORES wyniosła 4 805 000,00 zł brutto (4 180 162,60 zł netto), w tym za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej (VAT 23%) 2 078 540,00 zł brutto (1 689 869,92 zł netto). Cena oferty Konsorcjum WAMACO wyniosła 4 685 000,00 zł brutto (4 012 796,75 zł netto), w tym za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej (VAT 23%) 2 692 343,00 zł brutto (2 188 896,75 zł netto).

Zamawiający w toku badania i oceny ofert w dniu 23 lutego 2021 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie zadania nr 1 do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny (treść wezwania została ograniczona do przywołania przepisów ustawy Pzp (art. 90 ust. 1 pkt 1 -5). W odpowiedzi Odwołujący w dniu 25 lutego 2021 r. złożył pismo, w którym wyjaśnił, iż w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust.3 -5 ustawy z dnia 10.10.2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. Nr 200, poz. 1679 z późn. zm.) - spełnia wymagania; udzielono pomocy publicznej - tarcza finansowa PFR 2.0 w związku z sytuacją epidemiologiczną związaną z COVID-19; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązującym w miejscu w którym realizowane jest zamówienie - spełnia wymagania; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska - spełnia wymagania; nie zamierza powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Poinformował ponadto, iż posiada duże doświadczenie w realizacji tego typu zadań oraz bardzo korzystną ofertę na materiały preizolowane oraz węzły ze względu na długofalową współpracę z producentem. Dostawa węzłów odbędzie się zgodnie z systemem zarządzania jakością określonym normą ISO 9001:2015. System ten obejmuje cały zakres oferowanych usług tj. projektowanie, wykonanie i serwis węzłów ciepłych. Dostawca od ponad 30 lat jest producentem kompaktowych węzłów ciepłych. Świadczy również usługi dla ciepłownictwa m.in. w zakresie kompleksowej modernizacji węzłów ciepłych polegające na wymianie i/lub montażu nowych węzłów ciepłych wraz z robotami budowlanymi wewnątrz pomieszczeń zabudowy węzłów ciepłych. Łącznie wykonał ponad 13 tys. węzłów ciepłych, a produkcja w ostatnich latach wynosiła blisko 1000 szt. węzłów ciepłych rocznie. Podstawowe elementy składające się na przedmiot zamówienia, zostaną wykonane terminowo, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz zgodnie ze sztuką budowlaną tj.: 1. Wykopy mechaniczne. – stosunkowo nieliczne kolizje, niewielkie zagłębienie sieci oraz

większość trasy sieci przebiegająca w terenie gdzie nie jest wymaga się demontażu istniejącej sieci kanałowej pozwolą na szybkie wykonanie prac. 2. Nie przewiduje się umocnień wykopów, jednak w przypadku gdy zajdzie taka potrzeba wykonawca posiada odpowiednie szalunki i rozpory. 3. Ułożenie rur preizolowanych na podporach tymczasowych w wykopie: spawanie z gięciem elastycznym, montaż systemu alarmowego na zasadzie rezystancji pętli pomiarowej, mufowanie (z próbą szczelności) i zalewanie muf przeciwwilgociowych pianką poliuretanową (w przypadku większej ilości złącz wykonywanych jednocześnie wykonawca posiada agregat spieniający co zapewnia oszczędność, precyzję i jakość izolacji złącz). 4. Niskie koszty odtworzenia nawierzchni terenu do stanu pierwotnego z uwagi iż teren budowy w większości znajduje się poza nawierzchniami utwardzonymi, zaś na nawierzchnie utwardzone wykonawca posiada zarezerwowane zapasy materiałowe. 5. Wykonawca porównał oferty węzłów różnych producentów i uzyskał ofertę - po negocjacjach najlepsze ceny na rynku. W wyjaśnieniach wskazano także, że po ponad dziesięcioletnim doświadczeniu wykonawca jest pewien optymalizacji realizacji zadania, co gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, pozwalając jednocześnie na osiągnięcie zysku.

Następnie Zamawiający w dniu 16 marca 2021 r. wezwał Odwołującego w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 3 na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie szczegółowej pełnej struktury kosztów i ich wartości, które były podstawą przygotowania przedstawionej w ww. postępowaniu oferty cenowej na wykonanie zadania, w tym z uwzględnieniem następujących składników: 1) materiały w pełnym przewidywanym do wykorzystania asortymencie, z podaniem kosztów jednostkowych i całkowitych netto dla każdego rodzaju materiału, 2) materiały pomocnicze z określeniem ich rodzaju oraz z podaniem całkowitych kosztów netto dla realizacji zadania, 3) koszty sprzętu z podaniem wartości netto, przewidywanej dla realizacji zadania, 4) liczba roboczogodzin, ich wartość jednostkowa i całkowita, 5) koszt obsługi geodezyjnej, 6) koszt odtworzeń nawierzchni i terenów zielonych z podaniem kosztów jednostkowych i całkowitych oraz kosztów zajęcia pasa ruchu drogowego, 7) koszt realizacji tymczasowej organizacji ruchu, 8) pozostałe koszty nie ujęte powyżej. Jednocześnie w zakresie zadania 1 Zamawiający wskazał, że treść odpowiedzi (pismo z dnia 25.02.2021 r.) udzielonej przez Odwołującego na wezwanie z dnia 23.02.2021 r. nie jest wyczerpująca w zakresie danych umożliwiających dokonanie oceny co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego dla zadania nr 1. Zamawiający wskazał, iż oczekuje, zarówno w przypadku Zadania Nr 1 jak i Zadania Nr 3 przekazania powyższych danych oraz informacji

o wszelkich pozostałych czynnikach mających wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego cenę w sposób potwierdzający prawidłowość jej obliczenia z ujęciem wszystkich niezbędnych kosztów. Zamawiający poinformował, że w trakcie oceny przedstawionych wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty weźmie pod uwagę przedstawione dowody na poparcie wyjaśnień, oraz że odrzuci 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, zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w dniu 24 marca 2021 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, których treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 31 marca 2021 r. skierował do Odwołującego wezwanie, w którym w zakresie zadania nr 1 zwrócił się o udzielenie wyjaśnień:

1. czy w ofercie zostało zaproponowane rozwiązanie techniczne odmienne, od wymaganych w projekcie, redukcji preizolowanych, a jeśli tak to czy jest to rozwiązanie równoważne w stosunku do rozwiązania projektowego; o ile proponowane w ofercie rozwiązanie jest odmienne pod względem technicznym od projektowego, LPEC S.A. dla jego oceny oczekuje jednoznacznego, właściwie udokumentowanego potwierdzenia jego równoważności w stosunku do wymagań projektowych;
2. czy w ofercie zostało zaproponowane odmienne od projektowego rozwiązanie techniczne dotyczące zastosowanych elementów studziennych, tj. czy w miejsce wymaganych w projekcie elementów studziennych żelbetowych do obudowy trzpieni zaworów preizolowanych oraz armatury preizolowanej składającej się z zaworu łącznie z odpowietrzeniem zostały zaproponowane elementy studzienne z tworzywa sztucznego PP (polipropylen); o ile proponowane w ofercie rozwiązanie jest odmienne pod względem technicznym od projektowego, LPEC S.A. dla jego oceny oczekuje jednoznacznego, właściwie udokumentowanego potwierdzenia jego równoważności w stosunku do wymagań projektowych.

Analogiczne pytania zostały skierowane do Odwołującego w zakresie zadania nr 3, z tym, że w zakresie tego zadania Zamawiający zwrócił się dodatkowo w pkt 3 o wyjaśnienie czy w ofercie w miejsce montażu trójników bocznych Dn600/125 są proponowane odgałęzienia w postaci wspawanych króćców rury o średnicy nominalnej 125 mm w rurociąg preizolowany o średnicy nominalnej 600 mm.

Zamawiający w wezwaniu wskazał, iż w trakcie oceny przedstawionych wyjaśnień dotyczących cenotwórczych elementów oferty, działając zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp weźmie pod uwagę przedstawione przez wykonawcę na poparcie wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż odrzuci ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli

dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rozwiązania, które nie spełniają warunków postępowania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył pismo z dnia 7 kwietnia 2021 r., w którym wskazał, iż zadane pytania w ogóle nie dotyczą kwestii rażąco niskiej ceny, koncentrując się na technologii wykonania przedmiotu zamówienia w tym równoważności rozwiązań technologicznych. Odwołujący przywołał treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że formułowanie na podstawie tego przepisu żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty jest całkowicie nieuprawnione. Powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z 8 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 152/18, gdzie wskazano, iż pomiędzy wyjaśnieniami z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a wyjaśnieniami z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie można postawić znaku równości, co najmniej z kilku powodów. Po pierwsze, zdaniem Izby, wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie może stanowić przedmiotu domysłów i domniemań ze strony wykonawcy. Treść wezwania powinna być jasna i precyzyjna dla wykonawcy, powinna wskazywać czego dotyczy wezwanie oraz jakich informacji i danych zamawiający oczekuje (np. poprzez wskazanie dowodów dotyczących wyliczenia ceny/kosztu). Po drugie, w ocenie Izby, odmienna jest sankcja wynikająca z obu instytucji. W odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 ustawy na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że cena nie zawiera znamion ceny rażąco niskiej, a brak owego wykazania skutkuje odrzuceniem oferty. Natomiast zastosowanie trybu wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy, nie jest zagrożony sankcją odrzucenia oferty, a zakazem prowadzenia negocjacji pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym oraz zakazem dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty. Po trzecie, Izba podkreśliła, że wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 ustawy dotyczą innego zakresu/problemu interpretacyjnego w zakresie treści oferty niż wyjaśnienia, których podstawą jest art. 90 ust. 1 ustawy. W wyroku, KIO podkreśliła, że skoro wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (tj. na prawidłowej podstawie z art. 90 ust. 1 ustawy) to nie można uznać za zasadny zarzutu postawionego przez odwołującego, a dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy, a jego oferta nie może zostać odrzucona na tej podstawie. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone na inną okoliczność (tj. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy) mogą co najwyżej stać się podstawą do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jeśli oczywiście zamawiający powziąłby wątpliwości co do realności zaproponowanej ceny. Nie budzi zatem wątpliwości w orzecznictwie pogląd o niekonkurencyjności tych dwóch trybów i ich wąskim rozumieniu. Bez wątplenia wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy dotyczyć mogą wyłącznie kalkulacji ceny, a nie rozwiązań technicznych, albowiem jak stwierdzono w opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Celem procedury wyjaśniania, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż zgodnie z SIWZ, Zamawiający nie wymagał od wykonawców opisu sposobu realizacji zamówienia, ani w formularzu ofertowym, ani w formie oddzielnego załącznika. Tworzenie takiego wymogu na obecnym etapie (po otwarciu ofert) i wobec jednego wykonawcy, narusza art. 38 ust. 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy. Postępowanie Zamawiającego narzuca w sposób nieuprawniony na Wykonawcę dodatkowe obowiązki nie przewidziane w SIWZ, co stanowi rażące naruszenie zasady równego traktowania wynikającej z przywołanego powyżej przepisu. Odwołujący wskazał, iż groźba odrzucenia jego oferty o ile nie złoży kolejnych dowodów jest całkowicie bezpodstawną, a jej realizacja spowoduje złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone wcześniej wyjaśnienia nie stanowią bowiem treści oferty lecz wyłącznie kalkulację własną i w związku z okolicznością zastosowania przez Zamawiającego ceny ryczałtowej, przy jednoczesnym braku przedmiaru należy traktować je, jako wyliczenia pomocnicze i orientacyjne, nie stanowiące podstawy do szczegółowych rozliczeń pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą. Wyliczenia te sporządzono wyłącznie na potrzeby własne wykonawcy oraz wykazania braku rażąco niskiej ceny. Ponadto Odwołujący poinformował, że w złożonych ofertach dotyczących zadań nr 1 i 3 zaoferował ceny ofertowe, które są cenami ryczałtowymi i zawierają wszystkie wymagania określone w SIWZ oraz obejmują wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia (część XIV pkt 1 SIWZ). Cenę ofertową, wyliczono według kalkulacji własnej i obejmuje ona kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ, uwzględniając wszelkie roboty lub czynności nieopisane w SIWZ a niezbędne do prawidłowego i kompletnego wykonania przedmiotu zamówienia (część XIV pkt 2 SIWZ). Odwołujący nadmienił, że jego oferty były już przez Zamawiającego weryfikowane. Uzyskały pozytywną ocenę na etapie I oraz etapie II (część XVII pkt 2a i 2b) postępowania. Tylko na podstawie pozytywnie ocenionej oferty na tych etapach, wykonawcy mogli zostać dopuszczeni do aukcji elektronicznej (część XVII pkt 2c w SIWZ). Jedynym kryterium oceny ofert w aukcji elektronicznej jest cena brutto (część XVII pkt 3g w SIWZ). Tymczasem w piśmie z dnia 31 marca 2021 r. Zamawiający skupił się na rozwiązaniach technicznych. Te tymczasem podlegały wcześniejszej ocenie (etap I i etap II – zapisy w XVII pkt 2a i 2b SIWZ).

W zakresie zadania nr 1, odpowiadając na pytanie nr 1 Odwołujący wskazał, iż zaproponowane w jego ofercie rozwiązanie techniczne jest zgodne z projektem i SIWZ oraz spełnia wszelkie wymogi w tym w zakresie wytrzymałości sieci. Dodatkowo zaznaczył, że w dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego ograniczono się jedynie do użycia sformułowania „dopuszcza się zastosowanie innych, równorzędnych urządzeń i materiałów o takich samych lub nie gorszych parametrach” bez wskazania opisu wymagań w zakresie

równorzędności lub równoważności. W odpowiedzi na pytanie nr 2 wskazano, że zaproponowane w ofercie Odwołującego rozwiązanie techniczne jest zgodne z projektem i SIWZ. W zakresie zadania nr 3, w odpowiedzi na pytanie nr 1 wskazano, iż zaproponowane w ofercie rozwiązanie techniczne jest zgodne z projektem i SIWZ oraz spełnia wszelkie wymogi w tym w zakresie wytrzymałości sieci. Dodatkowo zaznaczono, że w dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego ograniczono się jedynie do użycia sformułowania „dopuszcza się zastosowanie innych, równorzędnych urządzeń i materiałów o takich samych lub nie gorszych parametrach” bez wskazania opisu wymagań w zakresie równorzędności lub równoważności. W odpowiedzi na pytanie nr 2 wskazano, iż zaproponowane rozwiązanie techniczne jest zgodne z projektem i SIWZ. W odpowiedzi na pytanie nr 3 wskazano, iż zaproponowane w ofercie rozwiązanie techniczne jest zgodne z projektem i SIWZ. Kwestia podniesiona w przedmiotowym pytaniu Zamawiającego była przez niego wyjaśniana (wyjaśnienia treści SIWZ pismo Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2020 r.).

W wyjaśnieniach wskazano ponadto, iż wątpliwości Odwołującego budzi też okoliczność pytania o nieistotne cenotwórczo elementy, o wartości poniżej 1,5 % ceny ofertowej każdy. Tymczasem rażąco niska cena dotyczyć musi ceny całkowitej lub jej istotnych części składowych. Trudno uznać za takie części redukcji preizolowanych, studni czy trójników. Także takie działanie narusza wprost art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę na powyższe fakty, ponieważ wezwanie skierowane przez Zamawiającego w dniu 31 marca 2021 r. jest trzecim z kolei, a ostateczne oferty cenowe Odwołujący złożył podczas aukcji elektronicznej dla zadania 1 w dniu 16.02.2021, a dla zadania 3 w dniu 18.02.2021. Zakres czasowy procedury wyjaśnień przekroczył już 2 miesiące, pozostawiając coraz krótszy termin wykonania robót, a wręcz stawiający pod znakiem zapytania możliwość wykonania zamówienia do dnia 30 września 2021 r., jeżeli wystąpią jakiegokolwiek nieprzewidziane okoliczności, które wobec błędów w dokumentacji projektowej i stanu epidemii, wydają się prawdopodobne.

Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2021 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 i ust. 1a wezwał Odwołującego w dn. 23.02.2021 r., 16.03.2021 r. oraz 31.03.2021 r. do złożenia wyjaśnień, czy ceny ofertowe uwzględniają wykonanie zamówień w Zadaniu nr 1 i w Zadaniu nr 3 zgodnie z projektem technicznym oraz czy zastosowane przez wykonawcę rozwiązania są równoważne do projektu technicznego, w tym czy oferowane materiały spełniają wymagania SIWZ. Na podstawie udzielanych przez wykonawcę wyjaśnień, Zamawiający stwierdził, że wykonawca w ofercie na Zadanie nr 1 i Zadanie nr 3 nie wskazał zastosowania odmiennych, ale równoważnych w stosunku do wymagań projektowych rozwiązań technicznych.

Rozwiązania techniczne oraz część materiałów proponowanych przez wykonawcę nie są zgodne z projektem technicznym i SIWZ. Ich zastosowanie skutkowałoby obniżoną, w stosunku do oczekiwanej, jakością i trwałością wykonanych odcinków sieci i przyłączy ciepłowniczych. Dotyczy to następujących rozwiązań technicznych:

Zadanie nr 1:

- a) wykonawca nie przewiduje zastosowania wymaganych warunkami postępowania redukcji preizolowanych, lecz rozwiązanie techniczne polegające na zastosowaniu zwężki stalowej z połączeniem mufy redukcyjnej termokurczliwej sieciowanej radiacyjnie,
- b) w miejsce wymaganych przez Zamawiającego elementów studziennych żelbetowych do obudowy trzpieni zaworów preizolowanych oraz armatury preizolowanej, składającej się z zaworu łącznie z odpowietrzeniem Wykonawca zamierza zastosować elementy studienne z tworzywa sztucznego PP (polipropylen).

Zadanie nr 3:

- a) wykonawca nie przewiduje zastosowania wymaganych warunkami postępowania redukcji preizolowanych, lecz rozwiązanie techniczne polegające na zastosowaniu zwężki stalowej z połączeniem mufy redukcyjnej termokurczliwej sieciowanej radiacyjnie,
- b) w miejsce wymaganych przez Zamawiającego elementów studziennych żelbetowych do obudowy trzpieni zaworów preizolowanych oraz armatury preizolowanej, składającej się z zaworu łącznie z odpowietrzeniem Wykonawca zamierza zastosować elementy studienne z tworzywa sztucznego PP (polipropylen).
- c) wykonawca nie proponuje w złożonej dokumentacji ofertowej wymaganego montażu trójników bocznych Dn600/125 (brak w przedstawionej ofercie dostawy materiałów preizolowanych) zatem Zamawiający stwierdza, że objęte dokumentacją projektową odgałęzienie Wykonawca wykona w postaci wspawania króćca rury o śr. nom. 125 mm w rurociąg preizolowany o śr. nom. 600 mm.

Zamawiający podniósł ponadto, że w złożonych ofertach na Zadanie nr 1 i Zadanie nr 3 Odwołujący nie wskazał zastosowania odmiennych, ale równoważnych w stosunku do wymagań projektowych rozwiązań technicznych, natomiast Zamawiający stwierdził zastosowanie w tychże ofertach rozwiązań technicznych odmiennych w stosunku do wymagań, co stanowi istotne naruszenie i niedotrzymanie warunków postępowania przetargowego wynikających wprost z zapisów art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż nie przyjmuje twierdzenia wykonawcy w treści odpowiedzi z dn. 07.04.2021 r., że zastosowane w ofercie rozwiązania techniczne są zgodne z projektem i SIWZ i wskazał na jednoznaczną sprzeczność takiego stwierdzenia wykonawcy z treścią przekazanej do Zamawiającego w dn. 25.03.2021 r. szczegółowej dokumentacji ofertowej.

Zamawiający wskazał ponadto, iż na podstawie analizy porównawczej oferowanej

przez wykonawcę ceny wykonania 1 mb sieci ciepłowniczej z cenami jednostkowymi publikowanymi w biuletynie cen obiektów budowlanych BCO wydawnictwa „Promocja” Ośrodek wdrożeń ekonomiczno-organizacyjnych budownictwa - zeszyt 14/2021 1 kwartał 2021 r. oraz z wartościami kosztorysowymi inwestycji WKI wydawnictwa „Promocja” Ośrodek wdrożeń ekonomiczno-organizacyjnych budownictwa - zeszyt 16/2021 1 kwartał 2021 r. stwierdził, że cena na wykonanie sieci ciepłowniczej przedstawiona w ofercie wykonawcy, zarówno dla zadania nr 1 jak i zadania nr 3, w znacznym stopniu odbiega od cen rynkowych. Oferowane ceny jednostkowe wykonanie 1 mb sieci ciepłowniczej w znacznym stopniu odbiegają również od cen jednostkowych wykonania sieci ciepłej w inwestycjach już wykonanych w poprzednich latach dla Zamawiającego o podobnym charakterze przedsięwzięcia tzn. wykonanie łącznie sieci ciepłej oraz węzłów. Biorąc pod uwagę powyższe wyniki badania oferty wykonawcy, Zamawiający stwierdził, że istotną częścią składową oferty jaką jest budowa sieci ciepłowniczej w przypadku zadania nr 1 i 3 zawiera rażąco niską cenę. Jednocześnie, biorąc pod uwagę odmienny charakter prac i specyfikę wykonania sieci i węzłów ciepłych, Zamawiający stwierdza jako wysoce prawdopodobne, że powyższe jest spowodowane dokonaniem przez Wykonawcę „przerzucania kosztów” pomiędzy poszczególnymi składnikami zadania, co może wg Zamawiającego wskazywać na fakt, iż celem takiego działania było uzyskanie przez Wykonawcę najniższej ceny brutto. Ponadto zastosowanie przez wykonawcę, zarówno w ofercie dla zadania nr 1 jak i zadania nr 3, rozwiązań technicznych odmiennych w stosunku do wymagań projektowych oraz jednocześnie nie wskazanie tego faktu w złożonych w postępowaniu przetargowym ofertach mogło być w ocenie Zamawiającego powodowane wolą wykonawcy obniżenia oferowanej ceny, co jest kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego Zamawiający uznał, iż wykonanie Zadania nr 1 i Zadania nr 3 zgodnie z projektami technicznymi (SIWZ) za ceny przedstawione w ofertach na te Zadania nie jest możliwe, czego potwierdzenie znajduje się w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę.

Izba zważyła, co następuje:

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

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołując treść ww. przepisów wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz

zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa 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 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp 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 art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazano, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba poddała weryfikacji czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty oraz prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu podkreślić, że badanie przez Izbę czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia następuje poprzez pryzmat podstaw faktycznych i prawnych zarzutów podniesionych w odwołaniu, co jest pochodną obowiązującej w postępowaniu odwoławczym zasady kontradiktoryjności wynikającej z art. 534 ust. 1 ustawy nPzp. Okoliczność ta miała istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący wnosząc odwołanie w zasadzie nie wdał się w polemikę z argumentacją Zamawiającego przedstawioną w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, która była podstawą do stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego.

Zauważyć należy, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazał, że podstawą stwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego była zaoferowana cena wykonania 1 mb sieci

ciepłowniczej. Zamawiający powołał się na fakt, iż odbiega ona od cen rynkowych, wskazując w oparciu o jakie dane źródłowe weryfikował ten fakt, jak i że odbiega ona od cen jednostkowych wykonania sieci cieplnej w inwestycjach już wykonanych w poprzednich latach dla Zamawiającego o podobnym charakterze przedsięwzięcia. Powyższych twierdzeń Odwołujący w ogóle nie zakwestionował. W treści odwołania próżno szukać argumentacji odnoszącej się do rynkowego charakteru ceny zaoferowanej za wykonanie 1mb sieci ciepłowniczej. Całe stanowisko merytoryczne Odwołującego w tym zakresie zostało ograniczone do lakonicznego stwierdzenia, że złożył on szczegółowe wyjaśnienia wraz z dowodami, wskazując na osiągnięcie zysku, co wskazuje, podobnie jak ceny ofert innych wykonawców, że oferta Odwołującego nie zawiera ceny rażąco niskiej. Na podstawie tak przedstawionego stanowiska nie sposób stwierdzić, aby Odwołujący odparł argumenty Zamawiającego i wykazał, że cena oferty za wykonanie 1mb sieci ciepłowniczej nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W rzeczywistości Odwołujący nie przedstawił żadnego uzasadnienia w tym zakresie, a powyższego braku nie może konwalidować złożenie podczas rozprawy zestawienia własnego Odwołującego wskazującego na szacunkowe koszty wykonania 1mb sieci ciepłowniczej w zależności od prowadzonej formy działalności - kwestii ceny za 1mb sieci ciepłowniczej w odwołaniu w ogóle nie poruszono, a zatem odnośnienie się do tej okoliczności podczas rozprawy wykracza poza podstawy faktyczne zarzutów. Przy czym Izba ma świadomość, iż treść drugich wyjaśnień złożonych przez Odwołującego została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa (czego zasadności Izba w tym postępowaniu nie badała), powyższe nie zwalania jednak Odwołującego z obowiązku przedstawienia merytorycznej argumentacji na poparcie stawianych zarzutów, a zarazem odparcie stanowiska Zamawiającego zakomunikowanego wykonawcy w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty. Jak słusznie zwrócił uwagę Przystępujący Konsorcjum TERMORES, to na Odwołującym w postępowaniu odwoławczym spoczywał ciężar dowodu, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co wynika wprost z art. 537 pkt 1 ustawy nPzp, przy czym również zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 534 ust. 1 ustawy nPzp Odwołujący był zobowiązany wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, to on bowiem nie zgadzał się z decyzją Zamawiającego i to jego rolą było wykazać, że Zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył przepisy ustawy.

Tymczasem Odwołujący zamiast wdać się w spór w zakresie rynkowości ceny zaoferowanej za 1mb sieci ciepłowniczej i wykazać realność przyjęcia jej na określonym poziomie, skupił się na omówieniu kwestii rozumienia pojęcia rażąco niskiej ceny w orzecznictwie i doktrynie oraz nieuzasadnionej na obecnym etapie postępowania dyskusji o tym, czy kierowanie do niego wezwań do wyjaśnień przez Zamawiającego było zgodne z prawem. W ocenie Izby cała obszerna polemika odnosząca się do zasadności wzywania

Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi argumentację spóźnioną, skoro Odwołujący nie kwestionował w drodze środków ochrony prawnej faktu skierowania przez Zamawiającego do niego wezwań o określonej treści i żądania przedstawienia konkretnych informacji czy też zarzucanego w odwołaniu braku wskazania przez Zamawiającego w treści wezwań na czym opiera swoje wątpliwości uzasadniające wystosowanie wezwań. Dodać jedynie należy, że zasadność kierowania do wykonawców określonego rodzaju wezwań zależna jest ściśle od okoliczności konkretnego stanu faktycznego. W przedmiotowej sprawie pierwsze z wezwań skierowane do Odwołującego dotyczyło wyłącznie Zadania nr 1 i wynikało wprost z faktu zaistnienia przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, co Zamawiający wskazał w treści wezwania. Wezwanie to miało charakter bardzo ogólny, a udzielona odpowiedź nie była w ocenie Zamawiającego wyczerpująca, o czym Zamawiający również poinformował Odwołującego, kierując do niego drugie, bardzo szczegółowe wezwanie w dniu 16 marca 2021 r., tym razem odnoszące się już do obu zadań (nr 1 i 3). Natomiast trzecie z wezwań było pochodną informacji, jakie Zamawiający uzyskał w oparciu o wyjaśnienia z dnia 24 marca 2021 r. i jego celem było rozwianie nowych wątpliwości, jakie na gruncie tych wyjaśnień powstały u Zamawiającego – w zakresie przyjętych do wyceny rozwiązań i ich zgodności z wymaganiami projektu. Kwestionowanie przez Odwołującego faktu skierowania ww. wezwań do niego przez Zamawiającego jawi się w tym stanie rzeczy jako bezzasadne.

Jednocześnie Odwołujący podnosząc, że umknęło Zamawiającemu, iż w toku aukcji elektronicznej złożono szereg ofert o podobnej cenie, sam pomija fakt, że cena oferty Odwołującego za wykonanie budowy i przebudowy sieci ciepłowniczej w zadaniu nr 1 i 3 w istotny sposób różniła się od cen innych wykonawców, na co wskazywał w postępowaniu odwoławczym Przystępujący Konsorcjum TERMORES. Odwołujący w treści odwołania pominął także fakt, iż Zamawiający na tym gruncie powziął również podejrzenie o możliwym przerzucaniu kosztów pomiędzy pewnymi składnikami zadania, na co wskazywała różnica w cenach ofert netto i brutto, sugerująca, że w sposób nieuzasadniony zwiększono koszty opodatkowane stawką preferencyjną 8%. Powyższe okoliczności w ocenie Izby faktycznie mogły wzbudzić po stronie Zamawiającego wątpliwości uzasadniające wystosowanie wezwania z dnia 16 marca 2021 r. Pomimo, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ww. kwestie poruszył, Odwołujący podczas rozprawy nie odniósł się do nich w żaden sposób. Odwołujący nie zakwestionował także w ogóle okoliczności wynikających ze szczegółowej analizy ceny jego oferty, która została załączona przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, podobnie jak nie odniósł się do twierdzeń Przystępującego Konsorcjum TERMORES, który w piśmie procesowym przedstawił relacje cen Odwołującego do cen innych wykonawców za wykonanie budowy i przebudowy sieci ciepłowniczej. Izba miała na

względnie, że całość argumentacji Odwołującego omijała sedno sprawy – jak wskazano powyżej, Odwołujący koncentrował się wyłącznie na polemice z zasadnością kierowania do niego wyjaśnień, nie odnosząc się w ogóle do kwestii rynkowości ceny za budowę i przebudowę sieci ciepłowniczej oraz okoliczności czy faktycznie za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie tego elementu zamówienia bez straty. Izba zwróciła także uwagę, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie podjął też próby wyjaśnienia zagadnienia dotyczącego rozkładu kosztów opodatkowanych stawką preferencyjną i stawką 23% podatku od towarów i usług. Co prawda do kwestii „przerzucania kosztów” Odwołujący odniósł się w odwołaniu przy zarzucie nr 3, niemniej akcentując jedynie brak wykazania przez Zamawiającego znamion czynu nieuczciwej konkurencji, a nie skupiając się na wyjaśnieniu założeń przyjętych podczas kalkulacji ceny oferty i udowodnieniu, że wnioski wyprowadzone przez Zamawiającego były niezasadne.

Z kolei powoływanie się przez Odwołującego na fakt, że elementy zamówienia dotyczące redukcji, elementów studziennych i trójników nie stanowią istotnej części ceny Izba uznała za chybione, bowiem jak wynika z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał na powyższe elementy wyłącznie w kontekście niewskazania przez Odwołującego rozwiązań równoważnych do przewidzianych w Dokumentacji projektowej (tj. istnienia podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), a nie w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, którą Odwołujący wywodził z faktu zniżenia ceny za 1mb sieci ciepłowniczej. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają także przedstawione na rozprawie przez Odwołującego zestawienia dotyczące rzekomych błędów w ofercie Konsorcjum WAMACO, to nie oferta tego podmiotu była bowiem przedmiotem czynności Zamawiającego zaskarżonych odwołaniem. Podobnie nie ma znaczenia z perspektywy rozstrzygnięcia kwestia podnoszonych przez Odwołującego podczas rozprawy błędów w SIWZ. Po pierwsze wykonawcy mają możliwość zwrócenia Zamawiającemu uwagi na nieprawidłowości, jakie zauważyli w dokumentach zamówienia, zadania w tym zakresie pytań, jak i wniesienia środków ochrony prawnej na etapie kształtowania się ostatecznej treści postanowień SIWZ, po drugie zaś – jak wskazał sam Odwołujący – Zamawiający zareagował na przedstawione mu informacje o nieścisłościach i dokonał modyfikacji treści SIWZ, przedłużając termin składania ofert, ciężko zatem stawiać mu w tym zakresie jakikolwiek zarzut.

Mając powyższe na względzie w ocenie Izby Odwołujący nie sprostął obowiązkowi udowodnienia w postępowaniu odwoławczym, że cena jego oferty nie była rażąco niska i nie podważył skutecznie podstaw odrzucenia jego oferty wskazanych przez Zamawiającego w treści zawiadomienia o odrzuceniu.

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio.

Izba stwierdziła, że działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wskazania w ofercie zastosowania równoważnych rozwiązań w zakresie redukcji preizolowanych i elementów studziennych było prawidłowe.

Po pierwsze nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie opisał i nie zdefiniował pojęcia równoważności, a odrzucając ofertę Odwołującego dokonał wykładni tego pojęcia w sposób sprzeczny z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający zarówno w odniesieniu od Zadania nr 1, jak i w odniesieniu do Zadania nr 3 wskazał, iż wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie w oparciu o opracowaną i udostępnioną Dokumentację projektową, dopuszczając jednakowoż zastosowanie rozwiązań równoważnych do przewidzianych w tej dokumentacji. Jednocześnie Zamawiający w pkt odpowiednio 3.2 i 4.2 OPZ wskazał wprost, że materiały, urządzenia, systemy, procesy lub rozwiązania równoważne muszą spełniać wszystkie wymagania techniczne i funkcjonalne w zakresie standardów jakościowych oraz parametrów technicznych i technologicznych przyjętych w dokumentacji projektowej (specyfikacji technicznej). Ponadto Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest wykazać w treści złożonej oferty (np. w formie załącznika do Formularza ofertowego) ich równoważność załączając stosowne opisy techniczne i funkcjonalne. Wskazał również, iż wymaga się od wykonawcy podania nazwy producenta, modelu, typu lub rodzaju oferowanego produktu równoważnego oraz opisu jego właściwości technicznych i funkcjonalnych (kompletne karty produktowe, prospekty, katalogi, foldery itp.). Zamawiający poinformował ponadto, że udowodnienie równoważności stosowanych urządzeń i materiałów spoczywa na wykonawcy.

Z powyższych postanowień jednoznacznie wynikał obowiązek wskazania, że wykonawca zamierza zastosować rozwiązania równoważne i wykazania przez wykonawcę w treści oferty równoważności oferowanych rozwiązań pod względem wymagań technicznych i funkcjonalnych w zakresie standardów jakościowych oraz parametrów technicznych i technologicznych, co powinno nastąpić poprzez załączenie opisów

technicznych i funkcjonalnych, z podaniem nazw producenta, modelu, typu, opisem właściwości oraz przedstawieniem dokumentów to potwierdzających, jak np. karty produktów. Odwołujący powyższych założeń nie kwestionował w drodze środków ochrony prawnej wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby obowiązek ciążący na wykonawcach w tym zakresie był określony dostatecznie precyzyjnie, co potwierdza chociażby fakt, na który wskazał obecny na rozprawie Przystępujący, że inni wykonawcy (np. Konsorcjum TERMORES czy Konsorcjum WAMACO) załączyli do ofert dokumenty wykazujące równoważność przyjętych rozwiązań. Fakt, że Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie zastosowanych rozwiązań technicznych oraz materiałów pozostaje tutaj bez znaczenia, bowiem wykonawcy mieli obowiązek co do zasady wykonać zamówienie w oparciu o Dokumentację projektową. Powyższe należy odróżnić od nałożonego na wykonawców wprost obowiązku wskazania wraz z ofertą rozwiązań równoważnych do tych objętych Dokumentacją projektową, jeżeli takie rozwiązania równoważne oferują i wykazania równoważności tych rozwiązań w stosunku do przewidzianych w Dokumentacji projektowej.

W ocenie Izby postanowienia SIWZ były spójne z regulacją wynikającą z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, który to przepis wprost nakłada na wykonawców, którzy zdecydowali się na zaoferowanie w postępowaniu rozwiązania równoważnego, obowiązek wykazania zamawiającemu najpóźniej w dacie złożenia oferty, że rozwiązanie to spełnia wszelkie wymogi w zakresie oczekiwanych przez zamawiającego parametrów jakościowych, funkcjonalnych czy technicznych. Co więcej, przedstawiany przez wykonawców opis co do zasady musi być na tyle szczegółowy, żeby zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić czy zaproponowane rozwiązania spełniają jego wymagania i będą należycie spełniały cel postępowania. Istnienie obowiązku wykazania równoważności już na etapie składania oferty znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie TSUE. W wyroku z dnia 12 lipca 2018 r., C-14/17 *VAR et ATM*, podkreślono, iż podmiot zamawiający powinien wymagać, aby oferent przedstawił już w jego ofercie dowód równoważności oferowanych przez niego produktów w stosunku do tych określonych w specyfikacjach technicznych. Trybunał Sprawiedliwości zwrócił także uwagę, iż podmioty zamawiające powinny sprawdzić, czy oferty złożone przez zakwalifikowanych oferentów odpowiadają zasadom i wymogom mającym zastosowanie do ofert oraz powinny być w stanie uzasadnić każdą swoją decyzję stwierdzającą brak równoważności w danym przypadku. Trybunał zaznaczył, że takie sprawdzenie, jak i ewentualne podjęcie decyzji stwierdzającej brak równoważności mogą mieć miejsce dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich oceny przez podmiot zamawiający, i wymagają, aby podmiot ten dysponował dowodami pozwalającymi mu ocenić, czy i w jakim zakresie złożone oferty spełniają wymogi znajdujące się w specyfikacjach technicznych, w innym przypadku istnieje

ryzyko naruszenia zasady równego traktowania i wystąpienia nieprawidłowości w przebiegu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia. Zaznaczono także, że o ile podmiot zamawiający nie może pozwolić oferentom na udowodnienie równoważności oferowanych przez nich rozwiązań po złożeniu przez nich ofert, o tyle podmiot ów dysponuje uprawnieniami dyskrecjonalnymi przy określaniu środków, jakie mogą wykorzystać oferenci w celu udowodnienia tej równoważności w ich ofertach.

Mając na uwadze powyższe nie budziło wątpliwości Izby, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia każdy wykonawca decydując się na zaoferowanie rozwiązań równoważnych do wskazanych w Dokumentacji projektowej, winien był wykazać, że spełniają one wymogi Zamawiającego.

Tymczasem Odwołujący powyższego nie uczynił, zatajając na etapie składania oferty fakt, że zamierza podczas realizacji zamówienia zastosować rozwiązania równoważne. Co więcej, nawet w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 marca 2021 r., w którym zadano pytania odnoszące się wprost do tego, czy w ofercie zaproponowano rozwiązania odmienne od wymaganych w projekcie w zakresie redukcji preizolowanych i elementów studziennych i w którym wskazano na konieczność udokumentowania równoważności przyjętych rozwiązań, Odwołujący przemilczał fakt, jakie rozwiązania faktycznie zaoferował i poprzestał na lakonicznym wskazaniu, że są one zgodne z projektem i SIWZ. Abstrahując od okoliczności, że w istocie akceptacja dokumentów wykazujących równoważność przedstawionych na etapie wyjaśnień, a nie w dacie składania ofert byłaby działaniem nieuprawnionym, to Odwołujący nawet wówczas nie wskazał, jakie faktycznie rozwiązania przyjął w ofercie, skupiając się na kwestionowaniu podstawy prawnej wezwania. Przy czym kwestionowanie podstawy prawnej wezwania uznać należy za niezasadne, nie sposób bowiem nie zauważyć, że wezwanie z dnia 31 marca 2021 r. było konsekwencją wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w przedmiocie ceny oferty i zmierzało do wyjaśnienia jakie konkretnie rozwiązania Odwołujący zaoferował, co przecież przekłada się także na kwestię ceny. Mając na uwadze, że z treści wezwania z dnia 31 marca 2021 r. jednoznacznie wynikało czego ono dotyczy, a Odwołujący miał pełną świadomość do wyjaśnienia jakich konkretnie kwestii został wezwany, to sam fakt powołania się przez Zamawiającego jedynie na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i braku przywołania wprost art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pozostawał bez znaczenia z perspektywy oceny zachowania Odwołującego, który na udzielił na konkretne, szczegółowe pytania Zamawiającego lakonicznych, wymijających odpowiedzi. Dopiero w treści odwołania Odwołujący przyznał, że dokonując wyceny oferty przyjął właśnie te rozwiązania, które zostały przez Zamawiającego zakwestionowane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, tj. zastosowanie zwężki stalowej z połączeniem mufy redukcyjnej termokurczliwej sieciowanej radiacyjnie oraz zastosowanie elementów

studziennych z tworzywa sztucznego PP – czyli rozwiązania odmienne od wskazanych w projektach budowlanych i wykonawczych. Oznacza to, że wnioski co do prawdopodobieństwa zaofiarowania przez Odwołującego rozwiązań równoważnych, jakie Zamawiający wyprowadził w oparciu o przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 24 marca 2021 r. i załączone do nich dokumenty, którym dał wyraz kierując do Odwołującego w dniu 31 marca 2021 r. kolejne wezwanie, były prawidłowe.

Za całkowicie nieuzasadnione Izba uznała twierdzenia Odwołującego o tym, że wycenione przez niego rozwiązania techniczne są tożsame z opisanymi w projekcie, uznając że powyższe stanowiło jedynie wyraz przyjętej przez Odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego taktyki procesowej. Już samo znaczenie pojęcia „tożsame” wskazuje na fakt, że musiałyby to być rozwiązania jednakowe, takie same, niczym się nie różniące, identyczne do tych przewidzianych w projektach budowlanych i wykonawczych. Tymczasem zasady logiki i doświadczenia życiowego przeczą możliwości uznania, że elementy studienne z tworzywa sztucznego są tożsame do elementów studziennych żelbetowych, podobnie jak że rozwiązanie polegające na zastosowaniu redukcji preizolowanych to to samo, co zastosowanie zwężki stalowej z połączeniem mufy redukcyjnej termokurczliwej sieciowanej radiacyjnie. Sam Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał w odniesieniu do redukcji, że rozwiązania różnią się m.in. ilością łączy i sposobem montażu, a w odniesieniu do elementów studziennych, że różnią się używanymi materiałami. Nie mamy tutaj zatem do czynienia z tożsamością. Owszem, rozwiązania te być może mogą spełniać takie same wymagania techniczne, funkcjonalne czy charakteryzować się podobną jakością, ale powoduje to, że są one równoważne do przewidzianych w projektach, a nie tożsame. A skoro są to rozwiązania równoważne, to obowiązkiem Odwołującego było po pierwsze wskazać w ofercie, że oferuje rozwiązania równoważne, a po drugie tę równoważność wykazać. Powyższej oceny nie zmienia fakt powoływania się przez Odwołującego na możliwość zastosowania tego rodzaju rozwiązań na gruncie Wytycznych projektowania obowiązujących w LPEC S.A., skoro odnoszą się one do etapu projektowania, a nie wykonania robót, zaś w projektach budowlanych stanowiących integralną część SIWZ, w oparciu o które ma mieć miejsce realizacja zamówienia, przewidziano rozwiązania odmienne. Nawet więc jeżeli pewnego rodzaju rozwiązania są możliwe do zastosowania na gruncie Wytycznych projektowania jako równorzędne do technologii opisanej w projektach budowlanych, to będą to rozwiązania odmienne od przyjętych w projektach. Mając na uwadze, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie w oparciu o opracowaną i udostępnioną Dokumentację projektową (czyli właśnie projekty budowlane i wykonawcze, ale także projekt tymczasowej organizacji ruchu, STWIORB, opracowanie dendrologiczne i decyzję o wycince drzew), to decydując się na zastosowanie rozwiązań nieprzewidzianych

w projektach budowlanych, w oparciu o Wytyczne projektowania, które nie stanowiły załącznika do SIWZ, Odwołujący zobowiązany był wskazać ten fakt w ofercie i wykazać równoważność oferowanych rozwiązań, powołując się np. na te właśnie Wytyczne i odnosząc ich treść do wynikających z Dokumentacji projektowej założeń w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.

Na powyższą ocenę nie wpływa również fakt, że tego rodzaju rozwiązania byłyby bardziej optymalne (np. mniej awaryjne) czy też że Odwołujący realizując roboty budowlane na rzecz Zamawiającego z rozwiązań takich korzystał i były one przez Zamawiającego akceptowane. Powyższe może stanowić argumentację pomocniczą dla wykazania równoważności zaoferowanych rozwiązań, ale nie zmienia faktu, że obowiązkiem Odwołującego było wskazać na etapie składania oferty, że wykona przedmiot zamówienia z zastosowaniem rozwiązań odmiennych niż wskazane w Projekcie i wykazać ich równoważność. Dlatego też za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała przedstawione przez Odwołującego dowody, zestawienia i rysunki dotyczące redukcji (zwężki stalowej) i elementów studziennych, jak i zestawienia i rysunki złożone przez Przystępującego, bowiem odnosiły się one już *stricto* do kwestii wykazania równoważności rozwiązań, a żeby poddać badaniu tę okoliczność najpierw należy w ofercie zaoferowane rozwiązania równoważne wskazać i opisać ich równoważność, czego Odwołujący zaniechał.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wskazania zastosowania odmiennych, ale równoważnych w stosunku do wymagań projektowych rozwiązań technicznych w zakresie dotyczącym redukcji preizolowanych i elementów studziennych nie naruszała przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby zaakceptowanie na obecnym etapie, że oferowane przez Odwołującego rozwiązania są równoważne do przewidzianych w Dokumentacji projektowej w sytuacji, gdy Odwołujący mając świadomość, że będzie opierał się na rozwiązaniach innych niż wskazane w Dokumentacji projektowej, ani nie wskazał na to składając ofertę, ani nie wyjaśnił Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie, jakie konkretnie rozwiązania przyjął, byłoby nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców. Jak zauważył Przystępujący Konsorcjum TERMORES inni wykonawcy opierając się na rozwiązaniach równoważnych składali wraz z ofertą w tym zakresie stosowne deklaracje oraz dokumenty służące wykazaniu, że oferowane przez nich rozwiązania są równoważne. Ponadto w zakresie możliwości zastosowania innych niż wskazane w projekcie rozwiązań równoważnych wykonawcy zadali Zamawiającemu szereg pytań, Odwołujący zaś - mając taką możliwość i planując zaoferowanie rozwiązań dotyczących redukcji i elementów studziennych

odmiennych od wskazanych w projektach budowlanych -nie skierował do Zamawiającego pytań dotyczących tych aspektów.

Jedynie w odniesieniu do kwestii dotyczącej montażu trójników bocznych Izba uznała stanowisko Zamawiającego za niepotwierdzone. Wskazana w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty okoliczność, jakoby Odwołujący zamiast montażu trójników bocznych Dn600/125 (preizolowanych) zamierzał wykonać odgałęzienie w postaci spawania krońca rury o śr. nom. 125mm w rurociąg preizolowany o śr. nom. 600 mm stanowiła wyłącznie przypuszczenie Zamawiającego, które nie zostało niczym poparte. Nie broni się ono także w konfrontacji z udzieloną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 grudnia 2020 r. odpowiedzią na pytanie nr 25 dotyczące zadania nr 3 o treści „Czy w przypadku włączenia się nowobudowanej sieci do sieci tradycyjnej należy zastosować trójniki stalowe preizolowane, czy można zastosować trójniki stalowe izolowane tradycyjne (dot. pkt PP-1, PP-4)?” - Zamawiający wskazał, iż dopuszcza zastosowanie trójników stalowych izolowanych tradycyjnie (dot. pkt PP-4), w pkt PP-1 jest podłączenie do sieci w systemie preizolowanym. Tym samym brak wskazania przez Odwołującego w załączonej do wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofercie na dostawę materiałów preizolowanych takiego trójnika nie jest równoznaczny z tym, że Odwołujący miał zamiar spawać króciec rury w rurociąg preizolowany, skoro mógł zastosować izolowanie tradycyjne. Powyższe uchybienie Zamawiającego pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania, jako że zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak wskazania w ofercie zastosowania innych, odmiennych od przewidzianych w dokumentacji projektowej rozwiązań i wykazania ich równoważności.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający nie wykazał, aby złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i wypełniało dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 tej ustawy zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d u.z.n.k., jeżeli tylko

odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97). W takiej sytuacji, aby określone działanie mogło zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, należy wykazać spełnienie przesłanek wynikających z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj., że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz że zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, dlatego też uzasadnionym jest odrzucenie oferty wykonawcy, który narusza przedmiotową regułę. Niemniej należy mieć na uwadze fakt, że okoliczność dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinna zostać wykazana. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający decydując się na odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp winien był wykazać, że fakt złożenia przez Odwołującego oferty stanowił czyn nieuczciwej konkurencji, tj. albo że działanie to wypełnia znamiona konkretnego czynu stypizowanego w u.z.n.k., albo, że jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a zatem wypełnia przesłanki wskazane w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pozwalające takie działanie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Stanowisko Zamawiającego zakomunikowane Odwołującemu w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty ograniczone zostało do stwierdzenia, iż jest „wysoco prawdopodobne”, że doszło do „przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi składnikami zadania, co może wskazywać na fakt, iż celem takiego działania było uzyskanie najniższej ceny brutto”. Powyższa hipoteza nie została przez Zamawiającego w żaden sposób wyjaśniona ani szerzej omówiona. Zamawiający nie wskazał jakie koszty miałyby być „przenoszone”, pomiędzy jakimi pozycjami ani nie wyjaśnił na podstawie jakich konkretnie danych wywiódł taki wniosek. Częściowe uzupełnienie stanowiska Zamawiającego w tym zakresie nastąpiło dopiero w odpowiedzi na odwołanie, na etapie postępowania odwoławczego, nie może ono jednak zastępować braków uzasadnienia zakomunikowanego wykonawcy w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Uchybienia tego nie może konwalidować także szczegółowe stanowisko Przystępującego TERMORES zawierające argumentację mającą wykazać istnienie przesłanek do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i przedstawione przez niego podczas rozprawy zestawienia tabelaryczne. Niezależnie czy argumentację Konsorcjum TERMORES uznać można za słuszną czy też nie, to Izba nie jest

uprawniona do dokonania jej oceny. Podkreślić należy, że wykonawca wyłącznie na podstawie przekazanych mu informacji o przyczynach odrzucenia jego oferty jest w stanie zweryfikować prawidłowość działania Zamawiającego i podjąć decyzję o skorzystaniu ze środków ochrony prawnej. Poprzestanie przez Zamawiającego na wyrażeniu w uzasadnieniu odrzucenia oferty niczym nie popartego przypuszczenia o „przenoszeniu kosztów” nie stanowi wystarczającego uzasadnienia dla stwierdzenia, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Podobnie nie stanowi dostatecznego uzasadnienia powołanie się na fakt, że Odwołujący nie wskazał w ofercie, iż oferuje równoważne rozwiązania techniczne. Zresztą Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie powyższe zaniechanie Odwołującego miałyby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji i znamiona jakiego typu czynu miałyby wypełniać.

Powyższe uchybienie Zamawiającego pozostawało jednak bez wpływu na wynik postępowania, jako że nie stwierdzono, aby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o inne podstawy prawne, tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp naruszała ww. przepisy (co omówiono we wcześniejszej części uzasadnienia). Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W przypadku zatem braku stwierdzenia wpływu określonego naruszenia na wynik postępowania zarzut podlega oddaleniu, w konsekwencji czego Izba oddaliła zarzut nr 3 odwołania.

Zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp miał charakter wynikowy w stosunku do zarzutów nr 1 - 3 i został oparty na tożsamyach podstawach faktycznych, jako że wadliwość wyboru ofert Przystępujących Konsorcjum TERMORES i Konsorcjum WAMACO Odwołujący wiązał z faktem, że wybrana jako najkorzystniejsza powinna zostać jego oferta. Mając na uwadze, że Izba uznała zarzuty nr 1-3 za niezasadne, oddaleniu podlegał także zarzut nr 4.

Natomiast zarzut nr 5 odwołania, dotyczący zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty i ponownego wezwania Odwołującego i innych wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie został przez Odwołującego w żaden sposób uzasadniony. Odwołujący nie wskazał dlaczego Zamawiający powinien był wezwać go do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Być może Odwołujący wywodził konieczność wystosowania takiego wezwania z faktu nie wskazania ww. podstawy prawnej w wezwaniu z dnia 31 marca 2021 r., niemniej Odwołujący zobowiązany był skonkretyzować podstawy faktyczne tak postawionego zarzutu, a wobec ich braku Izba nie jest uprawniona podstaw tych domniemywać i rozstrzygać. Jedynie na marginesie należy

tutaj zasygnalizować, że jak już wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, brak powołania się wprost na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w treści przedmiotowego wezwania nie miał wpływu na ocenę prawidłowości działań Zamawiającego ani na ocenę zachowania Odwołującego dokonaną przez Izbę. Z kolei ponowne wzywianie wykonawców do wyjaśnień rażąco niskiej ceny byłoby działaniem nieuzasadnionym, bowiem unieważniając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający co do zasady powtarza czynność badania i oceny ofert w zakresie, w jakim jest to wymagane z uwagi na dostrzeżone braki czy uchybienia i w jakim jest to niezbędne dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób należyty i zgodny z przepisami ustawy Pzp, a nie podejmuje wszelkie czynności od nowa.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”).

Przewodniczący: