

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **APB THOR sp. z o.o. w Gnieźnie** oraz **I. M. prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą: ASINUS I.M.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, prowadzącą postępowanie w imieniu Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **APB THOR sp. z o.o. w Gnieźnie** oraz **I. M. prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą: ASINUS I. M. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **APB THOR sp. z o.o. w Gnieźnie** oraz **I. M. prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą: ASINUS I. M.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **APB THOR sp. z o.o. w Gnieźnie** oraz **I. M. prowadzącego w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą: ASINUS I. M.** na rzecz **Generalnej Dyrektcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, prowadzącej postępowanie w imieniu Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg i Autostrad z siedzibą w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, działająca w imieniu Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie archeologicznych badań wykopaliskowych na trasie inwestycji pn.: „Budowa drogi ekspresowej S19 Białystok Lubartów (odc. granica woj. mazowieckiego i lubelskiego Kock)”, wraz z opracowaniem wyników badań, z podziałem na 3 części”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 grudnia 2022 r., nr 2022/S 248-722979.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 27 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia APB THOR sp. z o.o. w Gnieźnie oraz I. M. prowadzący w Warszawie działalność gospodarczą pod firmą: ASINUS I. M., zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp przepisów, tj.:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na nieuzasadnionym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego z siedzibą we Wrocławiu (dalej zwany „Wykonawcą” lub „przystępującym”) w części nr 2 i nr 3 zamówienia objętego Postępowaniem nie zawiera błędów w obliczeniu ceny w sytuacji, gdy Wykonawca zaoferował cenę uwzględniającą niewłaściwą stawkę podatku od towarów i usług, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i nr 3 Postępowania,
- 2) ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w punkcie 1 powyżej – art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie Wykonawcy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w ten sposób, że dla części nr 2 i nr 3 zamówienia objętego Postępowaniem Zamawiający nie doliczył wysokości podatku od towarów i usług zgodnie z przyjętą w Postępowaniu stawką tego podatku, co

doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 i nr 3 Postępowania,

- 3) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tych przepisów polegające na nieuzasadnionym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Wykonawcę w części nr 2 nie zawiera rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy analiza wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę prowadzi do jednoznacznego wniosku o tym, że zaoferowana została rażąco niska cena, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 Postępowania,
- 4) ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa w punkcie 2 powyżej – art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp, poprzez niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w części nr 2 Postępowania, mimo że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę w części nr 2 Postępowania,
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez jego niewłaściwe niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy w zakresie części nr 2 zamówienia objętego Postępowaniem, pomimo że z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w toku Postępowania przez Wykonawcę jednoznacznie wynika, że nie przewidział on do realizacji zamówienia osób pełniących funkcję pracownika techniczno-dokumentacyjnego, co było wymagane w świetle treści punktu III.8.C opisu przedmiotu zamówienia dla Postępowania i co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 Postępowania,
- 6) art. 223 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie wezwania Wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści oferty Wykonawcy złożonej w części nr 3, pomimo że w świetle złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny istnieją istotne wątpliwości czy Wykonawca przewidział do realizacji zamówienia w części nr 3 osoby pełniące funkcję pracownika techniczno-dokumentacyjnego, co było wymagane w świetle treści punktu III.8.C opisu przedmiotu zamówienia dla Postępowania,
- 7) art. 239 ust. 1 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w ramach części nr 2 i nr 3 zamówienia objętego Postępowaniem, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w Postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 2 i

nr 3 zamówienia objętego Postępowaniem w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 2 i 3 Postępowania,
2. ponownego badania i oceny ofert w zakresie części nr 2 i 3, w tym odrzucenia oferty Wykonawcy w zakresie części nr 2 i 3 Postępowania,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 i 3 Postępowania,
4. ewentualnie – dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie części 2 i 3 Postępowania, połączonej z dodatkowym wezwaniem Wykonawcy do wyjaśnień w odniesieniu do:
 - 1) wątpliwości Zamawiającego co do ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w odniesieniu do części 2 Postępowania,
 - 2) Wątpliwości Zamawiającego co do treści oferty Wykonawcy w odniesieniu do części 3 Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, co następuje:

[Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – zarówno część 2, jak i część 3 Postępowania]

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał w dokumentacji Postępowania stawkę podatku od towarów i usług, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców podczas składania oferty. Jak wynika z treści Formularza cenowego – zarówno dla części nr 2, jak i dla części nr 3, Zamawiający przewidział zastosowanie w Postępowaniu stawki 23 % podatku od towarów i usług.

Odwołujący argumentował, że szczegółowe zasady wypełniania Formularza cenowego (oraz ustanowiony przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny w Postępowaniu) zostały opisane w punkcie 17 specyfikacji warunków zamówienia dla Postępowania, dalej jako: „SWZ”. Jak wynika z zapisów SWZ, Formularz cenowy stanowił podstawowy dokument służący do obliczenia oferowanej w Postępowaniu ceny (por. treść punktu 17.1. SWZ). Dokument ten stanowił treść oferty (por. pkt 16.5.1) SWZ), co według odwołującego prowadzi do wniosku o zasadniczym zakazie zmiany jego postanowień z uwagi na treść art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że „wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego” (por. treść punktu 17.2. SWZ, ostatnie zdanie). Z kolei zgodnie z brzmieniem punktu 17.5. SWZ: „Wszystkie skalkulowane koszty Wykonawca zsumuje i wstawi do pozycji „Razem netto”. Obliczoną w ten sposób Cenę netto łącznie należy powiększyć o VAT. Obliczoną w ten sposób „Cenę oferty brutto” należy wstawić do pozycji „Razem brutto” i następnie przenieść do Formularza Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 IDW”. Zdaniem odwołującego, z przywołanych fragmentów dokumentacji wynika wniosek, że Zamawiający ustanowił w Postępowaniu stawkę 23% podatku od towaru i usług, nie dopuszczając samodzielnej modyfikacji przez Wykonawców tej stawki (niezależnie od dysponowania opiniami organów podatkowych). Zamawiający wskazał bowiem taką stawkę w podstawowym dokumencie służącym do obliczenia ceny, stanowiącym treść oferty – w Formularzu cenowym. Jednocześnie Zamawiający ustanowił wyraźny zakaz zmiany jakiegokolwiek pozycji Formularza cenowego, w tym pozycji zawierającej określoną przez Zamawiającego stawkę podatku VAT. Z dokumentacji wynika także nakaz powiększenia ceny netto o wysokość podatku VAT.

Zdaniem odwołującego, należy wyciągnąć zatem wniosek, że w celu zapewnienia porównywalności ofert Zamawiający określił w Postępowaniu stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Tymczasem Wykonawca, składając ofertę w Postępowaniu – w szczególności w zakresie części nr 2 i 3, wbrew zakazowi wynikającemu z treści 17.5. SWZ, dokonał samodzielnej i nieuprawnionej modyfikacji Formularza cenowego, która przejawia się w zastosowaniu skrótu „zw” w pozycji Formularza ofertowego odnoszącej się do wysokości podatku VAT. Wykonawca następnie nie uwzględnił nakazu powiększenia ceny netto o wartość podatku VAT. Według odwołującego, oferta Wykonawcy jest zatem nieporównywalna, gdyż zastosowano w niej (niezgodnie z wyraźnymi zapisami SWZ w tym zakresie) nieprawidłową stawkę podatku VAT, co prowadzi do wniosku o zaistnieniu w tej ofercie błędu w obliczeniu ceny. Zdaniem odwołującego powyższe świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – skoro ocena jest nieporównywalna, to nie powinna być uwzględniana w toku badania i oceny ofert przy uwzględnieniu faktu, że wszyscy pozostali wykonawcy doliczyli wysokość podatku VAT zgodnie ze stawką określoną przez Zamawiającego. Zdaniem odwołującego, zastosowanie zwolnienia w oparciu o przedłożoną interpretację indywidualną również nie było możliwe. W konsekwencji Zamawiający, wbrew zapisom SWZ odnoszącym się do sposobu obliczenia ceny, w sposób nieuzasadniony zaniechał zastosowania względem wykonawcy sankcji w postaci odrzucenia oferty z uwagi na błędy w obliczeniu ceny. Zdaniem odwołującego, doszło zatem do nieuprawnionego naruszenia treści art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

[ewentualny zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp – zarówno część 2, jak i część 3 Postępowania]

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie podkreśla się, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny. Prezentowane są także stanowiska, zgodnie z którymi przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Wskazywał, że przykładowo w uchwale z dnia 20 października 2011 r., podjętej w sprawie o sygn. akt: III CZP 53/11 Sąd Najwyższy stwierdził, że: „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)”. Odwołujący argumentował, że jeżeli zatem Izba doszłaby do przekonania, że w niniejszej sprawie uchybienie polegające na wskazaniu niewłaściwej stawki podatku VAT przez Wykonawcę w odniesieniu do części nr 2 i 3 Postępowania potencjalnie mogłoby zostać naprawione poprzez poprawienie w stosunku do oferty Wykonawcy innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołujący zarzucał Zamawiającemu także zaniechanie zastosowania tego przepisu w sytuacji, gdy istniały uzasadnione podstawy do jego zastosowania.

[Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP – część 2 Postępowania]

Odwołujący podniósł, że ponieważ cena oferty Wykonawcy w części nr 2 Postępowania jest niższa o 61,83% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, Zamawiający dnia 1 lutego 2023 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z przedłożeniem dowodów w zakresie części nr 2 Postępowania.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawca złożył wyjaśnienia w szczególności w zakresie uwzględnienia takich elementów, jak:

1) „Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w okresie realizacji przedmiotu Umowy osób wykonujących czynności: od humusowanie obszaru badań, eksploracja warstwy kulturowej i obiektów archeologicznych, usuwanie materiału ziemnego z wykopów powstałego w trakcie eksploracji, wykonywanie terenowej dokumentacji rysunkowej, opisowej i fotograficznej. Proszę o podanie liczby osób kierowanych do wykonania ww. czynności oraz kosztu zatrudnienia ich na podstawie stosunku pracy,

2) Konieczność uzyskania zgód właścicieli nieruchomości, na których przeprowadzone będą badania wykopaliskowe, a w związku z tym ewentualne roszczenia odszkodowawcze wynikłe z wejściem na teren wszystkich działek. Proszę o podanie uwzględnionego w cenie

oferty kosztu czasowego zajęcia nieruchomości wraz z wysokością skalkulowanego ryzyka związanego z ewentualnymi roszczeniami odszkodowawczymi związanymi z wejściem na teren prowadzonych badań wykopaliskowych oraz wejściem na teren działek przez które prowadzi dojazd do stanowiska wykopaliskowego.

3) Konieczność zapewnienia dwóch osób - Konsultantów badań archeologicznych, do których zadań w szczególności należeć będzie przygotowanie, w razie zaistnienia takiej potrzeby, opinii dotyczącej w szczególności metodyki badań, ich zakresu, sposobu postępowania z odkrytymi zabytkami oraz obowiązkowy udział w co najmniej jednym odbiorze terenowym oraz jednym dokumentacyjno-rozliczeniowym. Proszę o podanie wysokości wynagrodzenia przewidzianego dla Konsultantów badań archeologicznych wraz z wyjaśnieniem, czy wynagrodzenie uwzględnia wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu czynności przewidzianych dla tego stanowiska wraz z podaniem rodzaju tych kosztów i ich wysokości.”

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Zamawiający poprosił Wykonawcę o:

- 1) „wskazanie na istotne w Państwa ocenie indywidualne czynniki mające wpływ na poziom oferowanej ceny, w szczególności mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i związane z tym niezbędne koszty, a także zakładany poziom zysku;*
- 2) potwierdzenie, że cena oferowana za wykonanie zadania uwzględnia wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ oraz uwzględnia wszystkie uwarunkowania związane z realizacją zadania w okresie obowiązywania Umowy”.*

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi Wykonawca przedłożył dnia 9 lutego 2023 r. wyjaśnienia. W ocenie odwołującego, Wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny powstałego wskutek skierowania do niego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP oraz 224 ust. 2 pkt 1 Pzp. Zdaniem odwołującego – ze złożonych wyjaśnień wynika, że z uwagi na nieuwzględnienie istotnych kosztów realizacji zamówienia, Wykonawca nie osiągnie zysku z tytułu wykonania umowy. Według odwołującego z treści przedłożonych wyjaśnień wynika, że Wykonawca nie uwzględnił poniesienia kosztu Pracownika techniczno – dokumentacyjnego. Odwołujący argumentował, że w punkcie III.8 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił wymagania co do personelu skierowanego do realizacji zamówienia publicznego. Z wymagań tam zawartych wynika jednoznacznie (por. pkt III.8.C OPZ), że konieczne jest skierowanie do realizacji zamówienia jednej osoby pełniącej funkcję pracownika techniczno-dokumentacyjnego. Odwołujący wskazywał, że wymaganie zostało ustanowione dla każdego stanowiska archeologicznego. Z uwagi na fakt, że dla części nr 2 Postępowania przewidziane zostały dwa stanowiska archeologiczne, Wykonawca powinien uwzględnić dwóch pracowników techniczno-dokumentacyjnych dla części nr 2 Postępowania.

Zdaniem odwołującego, z zapisów OPZ wynika, że rolą pracowników techniczno-dokumentacyjnych jest wykonywanie prac w terenie. Zgodnie bowiem z treścią punktu III.8.C OPZ, do zadań tych osób należy w szczególności eksploracja warstwy kulturowej i obiektów archeologicznych, wykonywanie terenowej dokumentacji rysunkowej, opisowej i fotograficznej. Wymogi co do prac eksploracyjnych zostały ustanowione w punkcie III.5 OPZ. Wymogi co do dokumentacji i opracowań zostały zawarte w punkcie III.6 OPZ. Do wymagań dokumentacji rysunkowej i fotograficznej odnoszą się w szczególności punkty III.6.F – H OPZ.

Zdaniem odwołującego, przy uwzględnieniu zatem zakładanego przez Wykonawcę czasu prowadzenia badań wykopaliskowych, powinien on przewidzieć co najmniej trzymiesięczny koszt zatrudnienia dwóch osób dla części nr 2 pełniących funkcję pracowników techniczno-dokumentacyjnych. Wykonawca takiego kosztu nie przewidział co jednoznacznie wynika z przedłożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nawet gdyby założyć, że Wykonawca zatrudni wskazane osoby za wynagrodzenie minimalne, to całkowity koszt zatrudnienia jednego pracownika miesięcznie wynosiłby 4.205,00 zł (analogicznie jak w przypadku pracowników fizycznych). Zdaniem odwołującego, uwzględniając zatem konieczność wykonywania zadań przez dwóch pracowników techniczno-dokumentacyjnych (dla dwóch stanowisk archeologicznych) przez 3 miesiące za kwotę minimalnego wynagrodzenia (koszt pracodawcy: 4 205,00 zł), Wykonawca pominął koszt zatrudnienia tych osób w wysokości 25.230,00 zł, co przekracza kwotę zakładanego zysku, który miałby wynosić zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy 10.679,64 zł. Zaoferowana przez Wykonawcę cena jest zatem rażąco niska, gdyż uniemożliwia osiągnięcie zysku z tytułu realizacji zamówienia publicznego przy uwzględnieniu wymagań co do należytego wykonania umowy.

Odwołujący zaznaczał także, że zgodnie z treścią § 7 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy, Wykonawca został zobowiązany do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności polegające na wykonywaniu terenowej dokumentacji rysunkowej, opisowej i fotograficznej. Zdaniem odwołującego nie jest zatem możliwe stwierdzenie, że Wykonawca poniesie przedmiotowe koszty zatrudnienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych w ramach kosztu opracowania badań. Po pierwsze z tego względu, że Wykonawca przewidział wykonywanie przez te osoby wyłącznie czynności biurowych (a nie terenowych), co wynika z całości wyjaśnień. Po drugie, Wykonawca zamierza podjąć współpracę z tymi osobami w oparciu o umowy cywilnoprawne, zatem w świetle wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osoby te nie mogłyby wykonywać czynności terenowych.

Według odwołującego, brak uwzględnienia konieczności skierowania do realizacji zamówienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych potwierdza także sama treść wyjaśnień, w której Wykonawca wprost przyznaje, że zamierza skierować do realizacji prac

terenowych zespoły złożone z 1 archeologa oraz 2 pracowników fizycznych (bez pracowników techniczno-dokumentacyjnych). Zdaniem odwołującego obrazuje to przywołany przez niego fragment wyjaśnień rażąco niskiej ceny (strona 6).

Zdaniem odwołującego, w tym zakresie nie jest wystarczająca także argumentacja dotycząca wykorzystywania przez Wykonawcę aplikacji pod nazwą ARCHEOLOGY, gdyż:

- 1) przyjęcie założenia o wykorzystywaniu takiej aplikacji nie znosi wymogu ustanowionego w OPZ skierowania do realizacji zamówienia pracownika techniczno-dokumentacyjnego na każde stanowisko archeologiczne – Wykonawca mógł skierować we właściwym czasie stosowne zapytanie do Zamawiającego dotyczące dopuszczenia takiego rozwiązania przez Zamawiającego, czego nie uczynił,
- 2) nawet przy założeniu wykorzystywania takiego rozwiązania w dalszym ciągu konieczne jest wykorzystanie osób, które zapewnią pobór danych do aplikacji.

Zdaniem odwołującego, Wykonawca pominął istotny koszt skierowania do realizacji zamówienia pracownika techniczno-dokumentacyjnego na każde stanowisko archeologiczne. Koszt związany z zatrudnieniem takiej osoby znacznie przekracza kwotę zakładanego przez Wykonawcę zysku, co świadczy o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący podniósł także, że w jego ocenie Wykonawca przedkładając wyjaśnienia nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny także z innych przyczyn wskazanych poniżej. Odwołujący argumentował, że Wykonawca nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu dokumentującego koszty skierowania osób do realizacji zamówienia, pomimo że koszty osobowe stanowią ok. połowę całości kosztów ponoszonych przez Wykonawcę zgodnie z przedłożonymi wyjaśnieniami. Zasadniczo Wykonawca przedłożył dowody dotyczące jedynie prac ziemnych, które stanowią ok. 15% kosztów wykonania zamówienia zgodnie z przedłożonymi wyjaśnieniami.

Zdaniem odwołującego przedmiotowa okoliczność jest o tyle istotna, że wątpliwości budzą kwoty wskazane przez Wykonawcę dla zatrudnienia poszczególnych osób. Przykładowo dla pracowników fizycznych wskazano koszt całkowity w wysokości 4.205,00 zł – jest to koszt bardzo niski nawet przy założeniu świadczenia pracy za minimalne wynagrodzenie. Nie jest zatem pewne, czy Wykonawca uwzględnił konieczność ponoszenia kosztów związanych z urlopem pracowniczym, zwolnieniami chorobowymi i potencjalnym zastępstwem w tym zakresie, a także innych kosztów, takich jak przykładowo koszty Funduszu Pracy oraz Pracowniczych Planów Kapitałowych. W oparciu o wskazanie wyłącznie samej kwoty kosztu nie jest możliwe nie tylko stwierdzenie, że Wykonawca będzie ponosił taki, a nie inny koszt, ale także czy koszt ten został prawidłowo skalkulowany. Po stronie Zamawiającego powinny zatem powstać co najmniej wątpliwości w zakresie uwzględnienia przez Wykonawcę wszystkich kosztów pracowniczych.

Zdaniem odwołującego, Wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty także rozpoznania saperskiego i ewentualnych kosztów, które mogą powstać w wyniku takiego rozpoznania, pomimo że zapisy OPZ jednoznacznie wskazują na konieczność dokonania takiego rozpoznania. Według odwołującego, specyfika branży archeologicznej wskazuje na stosunkowo częstą konieczność wstrzymywania prac związanych z natrafieniem na niewypały i niewybuchy, co wiąże się z ryzykiem wstrzymania prac. Wykonawca nie skalkulował żadnego ryzyka w tym zakresie, co świadczy o niedoszacowaniu ceny ofertowej.

[Ewentualny zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 PZP – część 2 Postępowania]

Odwołujący podkreślał, że jego zdaniem treść wyjaśnień potwierdza, że Wykonawca zaoferował rażąco niską cenę. Jedynie z ostrożności wskazał, że gdyby Izba doszła do przekonania, że w wyniku uchybień opisanych w treści odwołania powstają wątpliwości co do zaoferowanej przez Wykonawcę ceny w zakresie części nr 2 Zamówienia, to zasadne byłoby skierowanie do Wykonawcy dodatkowego wezwania, które miałyby na celu usunięcie tych wątpliwości. W związku z powyższym, odwołujący podnosił z ostrożności zarzut ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty, mimo że istnieją istotne wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Wykonawcy.

[Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP – część 2 Postępowania]

Odwołujący argumentował, że uchybienie, które zostało opisane szczegółowo w powyżej w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp, polegające na nieprzewidzeniu przez Wykonawcę skierowania do realizacji zamówienia w części nr 2 Postępowania pracowników techniczno-dokumentacyjnych, pomimo że wymóg taki jednoznacznie wynikał z treści punktu III.8.C opisu przedmiotu zamówienia dla Postępowania, stanowi – w jego ocenie - jednocześnie o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jak wynika bowiem z przywołanego punktu III.8.C opisu przedmiotu zamówienia dla Postępowania, Zamawiający wymagał skierowania do realizacji zamówienia w części nr 2 Postępowania pracowników techniczno-dokumentacyjnych – po jednym na każde stanowisko archeologiczne. Przywołane wymaganie odnosi się do sposobu realizacji zamówienia publicznego objętego Postępowaniem. Powinno być zatem uznane za warunek zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wykonawca, składając wyjaśnienia, jednoznacznie stwierdził, że nie zamierza spełnić tego wymagania, co świadczy o niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia. Nie powielając przedstawionej

argumentacji Odwołujący podkreślał, że nieprzewidzenie skierowania do realizacji zamówienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych świadczy także o zaistnieniu podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

[Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 PZP – część 3 Postępowania]

W ocenie Odwołującego, w świetle wskazania przez Wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że nie zamierza skierować do realizacji zamówienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych, pomimo że wymóg taki wynikał z treści punktu III.8.C opisu przedmiotu zamówienia dla Postępowania, po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości, czy Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych w odniesieniu do części nr 3 Postępowania.

Zdaniem odwołującego zachodzi bowiem wysokie prawdopodobieństwo, że Wykonawca planował sposób realizacji zamówienia przy uwzględnieniu tożsamyh założeń w stosunku do poszczególnych części. Przedmiot zamówienia wymaga bowiem zasadniczo wykonania takich samych czynności, które różnią się od siebie lokalizacją ich prowadzenia. Skoro więc Wykonawca nie przewidział skierowania do realizacji zamówienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych w odniesieniu do części nr 2 Postępowania, to wysoce prawdopodobne jest, że nie przewidział ich skierowania do realizacji zamówienia także w odniesieniu do części nr 3 Postępowania.

Zdaniem odwołującego Zamawiający, przy uwzględnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w toku Postępowania przez Wykonawcę w odniesieniu do części nr 2 Postępowania, powinien powziąć wątpliwości co do zgodności z warunkami zamówienia oferty Wykonawcy również w odniesieniu do części nr 3 Postępowania. Istnieją bowiem uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że Wykonawca nie przewidział skierowania do realizacji zamówienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych w odniesieniu do części nr 3 Postępowania.

Według odwołującego w niniejszej sprawie zasadne było zatem skierowanie do Wykonawcy wezwania do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w celu rozwiania wątpliwości czy Wykonawca zamierza skierować do realizacji zamówienia w zakresie części nr 3 Postępowania pracowników techniczno-dokumentacyjnych, co jest wymagane w świetle treści punktu III.8.C opisu przedmiotu zamówienia dla Postępowania. Zamawiający zaniechał natomiast dokonania takiej czynności, co świadczy o naruszeniu art. 223 ust. 1 Pzp w niniejszej sprawie.

[Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 PZP – zarówno część 2, jak i część 3 Postępowania]

Zdaniem odwołującego, konsekwencją wyżej opisanych naruszeń przepisów Pzp było także nieprawidłowe zastosowanie art. 239 ust. 1 Pzp, które polegało na zaniechaniu przez

Zamawiającego dokonania czynności wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Gdyby bowiem Zamawiający zastosował się do brzmienia wyżej wymienionego przepisu, to musiałby dojść do wniosku, że to oferta złożona przez Wykonawcę powinna zostać odrzucona w częściach nr 2 i 3 i w konsekwencji Zamawiający powinien dojść do wniosku, że to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w części nr 2 i 3 zamówienia objętego Postępowaniem w świetle kryteriów oceny ofert ustanowionych w dokumentach zamówienia dla Postępowania. Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie doszedł do takiego wniosku i nieprawidłowo zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy, doszło także do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego z siedzibą we Wrocławiu. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego z siedzibą we Wrocławiu, wezwanie zamawiającego skierowane do ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia ww. wykonawcy co do ceny ofertowej, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*
- 3) proporcjonalny.*

Stosownie do art. 223 Pzp:

1. *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

2. *Zamawiający poprawia w ofercie:*

(...)

3) *inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty*

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

1. *Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.*

2. *W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:*

1) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*

2) *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

3. *Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:*

1) *zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;*

2) *wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*

3) *oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*

4) *zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10*

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „wykonanie archeologicznych badań wykopaliskowych na trasie inwestycji pn.: „Budowa drogi ekspresowej S19 Białystok Lubartów (odc. granica woj. mazowieckiego i lubelskiego Kock)”, wraz z opracowaniem wyników badań, z podziałem na 3 części”.

Przedmiot zamówienia został podzielony na następujące części:

Część 1: Archeologiczne badania wykopaliskowe wraz z opracowaniem wyników badań na trasie planowanej budowy drogi S19 na odcinku: granica woj. lubelskiego – Międzyrzec Podlaski (koniec obwodnicy).

Część 2: Archeologiczne badania wykopaliskowe wraz z opracowaniem wyników badań na trasie planowanej budowy drogi S19 na odcinku: Międzyrzec Podlaski (koniec obwodnicy) – Radzyń Podlaski (węzeł Radzyń 2 z węzłem).

Część 3: Archeologiczne badania wykopaliskowe wraz z opracowaniem wyników badań na trasie planowanej budowy drogi S19 na odcinku: Radzyń Podlaski (węzeł Radzyń 2 bez węzła) – Kock (początek obwodnicy).

(por. pkt 6.1. SWZ).

Ustalono ponadto, że W specyfikacji warunków zamówienia zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

16.5. Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

1) Formularz Cenowy (Tom IV SWZ) (odpowiednio dla danej części);

2) Formularz „Kryteria pozacenowe” (odpowiednio dla danej części)

Nieżłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

17. SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Cenowy stanowiący integralną część SWZ - Tom IV (oddzielnie dla każdej z Części zamówienia).

17.2. Formularz Cenowy, o którym mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tym formularzu, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego.

17.4. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu Cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

17.5. Wszystkie skalkulowane koszty Wykonawca zsumuje i wstawi do pozycji „Razem netto”. Obliczoną w ten sposób Cenę netto łącznie należy powiększyć o VAT. Obliczoną w ten sposób „Cenę oferty brutto” należy wstawić do pozycji „Razem brutto” i następnie przenieść do Formularza Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 IDW.

Ustalono ponadto, że we wzorze formularza cenowego dla części zarówno 2 jak i części 3 zamawiający przewidział, co następuje:

<i>Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych</i>	<i>Ilość szacowanych jednostek normatywnych</i>	<i>Stawka za jednostkę normatywną (netto) [PLN]</i>	<i>Wartość (netto) [PLN] Kol. 2 x Kol. 3</i>	<i>Podatek VAT 23% [PLN]</i>	<i>Wartość (brutto) [PLN] = Wartość (netto) [PLN]+Podatek VAT 23% [PLN]</i>
<i>1</i>	<i>2</i>	<i>3</i>	<i>4</i>	<i>5</i>	<i>6</i>
<i>1. Archeologiczne badania wykopaliskowe (badania terenowe łącznie z pracami ziemnymi i geodezyjnymi)</i>					
<i>2. Opracowanie wyników badań wykopaliskowych</i>					
Razem					

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1) Część 2:

- a) oferta odwołującego z ceną brutto 229.253,24 zł,
- b) oferta wykonawcy Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego z ceną brutto 226.739,64 zł,
- c) oferta wykonawcy Konsorcjum: Archel Usługi Archeologiczne, S. B.; Usługi Archeologiczne Mamut A. O. z ceną brutto 263.746,41 zł,
- d) oferta wykonawcy Archeologiczny Serwis Konsultacyjno-Badawczy, M. K. z ceną brutto 288.985,30 zł;

2) Część 3:

- a) oferta odwołującego z ceną brutto 424.341,79 zł,
- b) oferta wykonawcy Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego z ceną brutto 412.127,17 zł,
- c) oferta wykonawcy Archeologiczny Serwis Konsultacyjno-Badawczy, M. K. z ceną brutto 441.927,13 zł,
- d) oferta wykonawcy Konsorcjum: Archel Usługi Archeologiczne, S. B.; Usługi Archeologiczne Mamut A. O. z ceną brutto 437.339,87 zł,

e) oferta wykonawcy Fundacja Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu z ceną brutto 573 434,86 zł

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z 1 lutego 2023 r. działając, na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1) oraz art. 223 ust. 1 Pzp, w celu ustalenia, czy zaofferowana przez wykonawcę Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego cena lub jej istotna część składowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zwrócił się do ww. wykonawcy o udzielenie wyjaśnień wraz z przedłożeniem dowodów, np. w postaci kalkulacji cenowej poszczególnych cen jednostkowych, z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych, *dotyczących treści oferty złożonej w postępowaniu na Część 2.*

W ww. wezwaniu zamawiający wskazał, że cena oferty ww. wykonawcy *na Część 2 zamówienia - wynosi 226 739,64 zł i jest o 61,83% niższa od wartości zamówienia, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, która została ustalona na Część 2 w wysokości 594 000,00 zł.* Zamawiający wskazał także, że na podstawie powyższego odniesienia, powziął wątpliwości, co do możliwości wykonania przez ww. wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ. W opinii Zamawiającego oferta wykonawcy może nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SWZ, mogła zostać nienależycie skalkulowana lub zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia.

W związku z powyższym, Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w szczególności:

Czy Wykonawca w cenie oferty złożonej na Część 2 zamówienia uwzględnił:

1. *Zatrudnienie na podstawie umowy o pracę w okresie realizacji przedmiotu Umowy osób wykonujących czynności: od humusowanie obszaru badań, eksploracja warstwy kulturowej i obiektów archeologicznych, usuwanie materiału ziemnego z wykopów powstałego w trakcie eksploracji, wykonywanie terenowej dokumentacji rysunkowej, opisowej i fotograficznej.*

Proszę o podanie liczby osób kierowanych do wykonania ww. czynności oraz kosztu zatrudnienia ich na podstawie stosunku pracy.

2. *Konieczność uzyskania zgód właścicieli nieruchomości, na których przeprowadzone będą badania wykopaliskowe, a w związku z tym ewentualne roszczenia odszkodowawcze wynikłe z wejściem na teren wszystkich działek.*

Proszę o podanie uwzględnionego w cenie oferty kosztu czasowego zajęcia nieruchomości wraz z wysokością skalkulowanego ryzyka związanego z ewentualnymi

roszczeniami odszkodowawczymi związanymi z wejściem na teren prowadzonych badań wykopaliskowych oraz wejściem na teren działek przez które prowadzi dojazd do stanowiska wykopaliskowego.

3. Konieczność zapewnienia dwóch osób - Konsultantów badań archeologicznych, do których zadań w szczególności należeć będzie przygotowanie, w razie zaistnienia takiej potrzeby, opinii dotyczącej w szczególności metodyki badań, ich zakresu, sposobu postępowania z odkrytymi zabytkami oraz obowiązkowy udział w co najmniej jednym odbiorze terenowym oraz jednym dokumentacyjno-rozliczeniowym.

Proszę o podanie wysokości wynagrodzenia przewidzianego dla Konsultantów badań archeologicznych wraz z wyjaśnieniem, czy wynagrodzenie uwzględnia wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu czynności przewidzianych dla tego stanowiska wraz z podaniem rodzaju tych kosztów i ich wysokości.

Ponadto zamawiający w wezwaniu poprosił ww. wykonawcę o:

- wskazanie na istotne w Państwa ocenie indywidualne czynniki mające wpływ na poziom oferowanej ceny, w szczególności mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i związane z tym niezbędne koszty, a także zakładany poziom zysku;
- potwierdzenie, że cena oferowana za wykonanie zadania uwzględnia wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w SWZ oraz uwzględnia wszystkie uwarunkowania związane z realizacją zadania w okresie obowiązywania Umowy.

W wezwaniu zamawiający wskazał także, że Oceniając wyjaśnienia wraz z dowodami przedłożonymi na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę czynniki obiektywne, w szczególności czynniki wskazane w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, tj. m. in.: zarządzanie procesem świadczonych usług; wyjątkowo korzystne warunki usług; oryginalność usług oferowanych przez wykonawcę; zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej obowiązującej stawki godzinowej; zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego; zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

W piśmie tym zamawiający wskazał także, że w Formularzach cenowych złożonych wraz z ofertą na wszystkie części zamówienia, Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego wskazała, że podlega zwolnieniu z podatku VAT. Zamawiający wezwał zatem ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących podstaw zwolnienia z podatku VAT.

(por. wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego złożyła wyjaśnienia z 9 lutego 2023 r. W wyjaśnieniach tych ww. wykonawca przedstawił kosztorys w ujęciu tabelarycznym a poniżej wyjaśnienia.

Lp.	Zakres wyceny	Cena netto	Uwagi
1	Kierownik badań archeologicznych	30000,00	Zatrudnienie na umowę o pracę. Koszt całkowity Fundacji przy zatrudnieniu jednego kierownika w skali miesiąca, to 5000,00 zł. Stawki wynagrodzenia archeologów oparte są o nasze doświadczenia. Trzon naszej Fundacji, to zespół archeologów współpracujących od kilkunastu lat na różnych inwestycjach. W zakresie obowiązków m.in. wykonanie dokumentacji z badań wykopaliskowych oraz zabezpieczenie i dozór stanowisk archeologicznych. Czas pracy kierowników dla poszczególnych stanowisk: 3 miesiące – 2 kierowników.
2	Geodeta	1500,00	Fundacja zatrudnia własnego technika geodetę (członek zarządu) oraz dysponuje odpowiednim sprzętem do prac geodezyjnych oraz czynności dokumentacyjnych i pomiarowych w przestrzeni – w szczególności urządzeniami: - zestawy geodezyjne GNSS Topcon HIPER HR + kontroler FC5000 - Topcon TESLA - Tachimetr Topcon GTS-229 - dron DJI Mavic PRO 2 - dron DJI Phantom 4 RTK - skaner laserowy 3D FARO Focus 130 Zarówno technik geodeta jak i inni członkowie zespołu Fundacji (wskazani na kierowników badań) posiadają uprawnienia Urzędu Lotnictwa Cywilnego do wykonywania lotów statkami powietrznymi o wadze do 25 kg. Wskazana kwota obejmuje zatem jedynie koszty pracy i dojazdu geodety na stanowiska.
3	Pracownik fizyczny	50460,00	Przewiduje się zatrudnienie po 2 pracowników fizycznych dla każdego stanowiska. Czas pracy analogicznie jak w pkt. 1 tabeli. Umowa o pracę, koszt całkowity Fundacji 4205,00 zł miesięcznie dla jednego pracownika.
4	Prace ziemne (odhumusowanie, hałdowanie, rekultywacja terenu)	32900,00	Stawka 235,00 zł za 1 ar powierzchni (140 arów).
5	Opracowanie wyników badań	45000,00	Koszt obejmuje pracę autorów opracowania – umowa o dzieło z prawami autorskimi, stawka 4500,00 zł miesięcznie, 2 autorów, 5 miesięcy pracy.
6	Opracowanie wyników badań	600,00	Fundacja wykonuje czynności we własnym zakresie, dysponujemy zapleczem biurowym, m.in. drukarką

	– zaplecze biurowe		wielkoformatową (ploter), stanowiskiem do wykonywania fotografii zabytków, itp. Koszt obejmuje zakup materiałów eksploatacyjnych. Koszt pracowników biurowych, w tym obsługujących aplikację ARCHEOLOGY, jest stałym kosztem Fundacji.
7	Analizy specjalistyczne	5000,00	Na podstawie naszych doświadczeń przyjęto kwotę, która i tak zawiera spory margines, biorąc pod uwagę specyfikę chronologiczno-kulturową stanowisk (późne średniowiecze-nowożytność) i wzmiankę samego LWKZ, że są to stanowiska o niewielkiej wartości poznawczej.
8	Opracowanie wyników badań – koszty recenzji	2000,00	Wykonanie 2 recenzji do każdego z 2 opracowań – 4 recenzje, stawka 500,00 zł za recenzję. Umowa o dzieło z prawami autorskimi – całkowity koszt pracodawcy.
9	Uzyskanie decyzji, przygotowanie wniosków o wydanie pozwolenia na badania	200,00	Koszty pracy merytorycznej i korespondencji.
10	Koszty magazynowania, inwentaryzacji, konserwacji i przekazania zabytków do muzeum	1000,00	Ze względu na mały zakres badań, zabytki zostaną przechowane na etapie terenowym przez kierowników badań w pracowni urządzonej w wynajętej nieruchomości (pkt. 12 tabeli). Ujęto koszt opakowań i przekazania zabytków do muzeum. Mycie i szczegółowa inwentaryzacja zabytków w zakresie obowiązków kierowników badań i autorów opracowań. Ponadto Fundacja dysponuje w siedzibie pracownią z magazynem.
11	Transport ogółem	5000,00	Koszt paliwa i amortyzacji oparty o szacunki z dotychczas realizowanych badań dla GDDKiA. Fundacja dysponuje własnymi samochodami.
12	Zakwaterowanie pracowników	6000,00	Koszt wynajęcia nieruchomości – 1 dom na okres 3 miesięcy.
13	Zabezpieczenie niekorzystnych warunków atmosferycznych	1000,00	Kwota przewidziana przede wszystkim na dodatkowe koszty pracy i obsługę narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje Fundacja, tj. namioty, agregaty i pompy spalinowe do pompowania wody, maty termiczne, nagrzewnice i namioty.
14	Zapewnienie warunków socjalnych i higienicznych zgodnych z przepisami bhp	2400,00	Koszty przenośnych kabin typu TOI-TOI dla każdego stanowiska archeologicznego (WC i przebieralnia). Średnia rynkowa cena to 360,00 zł i wzwyż. Przyjęto jako bazową stawkę 400,00 zł miesięcznie za wynajęcie jednej kabiny. Łączny czas wykopalisk na wszystkich stanowiskach – 6 miesięcy.
15	Odszkodowania	21000,00	Uzyskanie dostępu do terenu badań – odszkodowania dla właścicieli nieruchomości, pow. 140 arów (stawka bazowa 15000,00 zł za 1 ha).
16	Inne prace	12000,00	Środki zabezpieczone na prace dodatkowe: - ewentualną konserwację zabytków tzw. wydzielonych (np. metalowych)

			<ul style="list-style-type: none"> - odhumusowanie ręczne - zatrudnienie dodatkowych pracowników fizycznych - wydłużenie czasu trwania wykopaliisk - zatrudnienie antropologa - dodatkowe koszty konsultantów badań - koszt dodatkowego wynagrodzenia dla autora opracowania - koszty związane z wydłużeniem czasu trwania badań, gdy zaistnieje konieczność badań w obszarach poszerzeń stanowisk preliminowanych - inne zobowiązania cywilno-prawne
17	Zysk	10679,64	
	Razem cena oferty	226739,64	

Wykonawca Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego wskazał w wyjaśnieniach, że *Podstawą powyższych kalkulacji są przede wszystkim informacje zawarte w materiałach przetargowych i nasze doświadczenie.*

Zgodnie z wymogami Zamawiającego zawartymi w dokumentacji, zamierzamy niezwłocznie po podpisaniu umowy złożyć wnioski o wydanie decyzji na realizację badań do Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. W tym celu niezbędne będzie uzyskanie dostępu do nieruchomości, na których należy przeprowadzić badania. Członkowie naszego zespołu byli wykonawcami archeologicznych badań sondażowych w związku z realizowaną inwestycją drogową, w związku z tym udało nam się nawiązać ponownie kontakt z właścicielami nieruchomości. W przypadku zadania nr 2, którego dotyczą niniejsza wyjaśnienia – podobnie zresztą jak w przypadku pozostałych zadań – zabezpieczono środki na odszkodowania przelicznikowo na poziomie ok. 15000,00 zł dla 1 ha gruntu (pkt. 15). Chcieliśmy w tym miejscu poinformować, że ze wstępnych rozmów z właścicielami pól wynika, że raczej nie wyrażą oni zgody na oddanie terenu w celu wykonania badań wykopaliskowych – nawet z propozycją odszkodowania – przed zbiorami. Stąd odszkodowania należy szacować bezpiecznie przyjmując przelicznik: wydajność pszenicy z hektara (do 10 ton) x cena tony pszenicy (ok. 1400,00 zł). Cena pszenicy jest zmienna, jednak biorąc pod uwagę niechęć rolników (chodzi m.in. o sam fakt zniszczenia zasiewów ozimych) należy przyjąć kwotę zaokrągloną do góry. Tylko taki argument daje jakiegokolwiek szanse na przekonanie właścicieli do udostępnienia nieruchomości. Nawet jeśli podjęte zostaną rozmowy przed wykonaniem zasiewów jarych – należy liczyć się z koniecznością odszkodowań tej wielkości – nie pomoże tutaj bowiem argument, że rolnik nie poniósł kosztów zasiewu, ponieważ część prac związanych z przygotowaniem pola do obsiania wykonywano już wcześniej. Na koniec nadmienimy, że dostęp do dwóch stanowisk, które będą przedmiotem badań zadania nr 2 jest dobry, z obszaru gminnej drogi gruntowej nie wymaga poniesienia dodatkowych kosztów.

W trakcie uzyskiwania decyzji na badania rozpoczniemy przygotowanie zaplecza dla zespołów badawczych (zakwaterowanie). Przed rozpoczęciem badań wytyczone zostaną stanowiska przez geodetę, który jest członkiem naszego zespołu. Same prace wykopaliskowe poprzedzone będą odhumusowaniem z użyciem koparki skarpówki. Informujemy, że wskazana w kosztorysie kwota (pkt. 4) obejmuje koszty odhumusowania, hałdowania i rekultywacji terenu. Koszt 1 rbg koparki skarpówki, to 160,00 zł. Jest to koszt odhumusowania 1 ara powierzchni gruntu o miąższości humusu 30-45 cm (w załączniku faktura). Koszt ładowarki, do rekultywacji i zahumusowania terenu badań, to 300,00 zł za 1 rbg. W ciągu 1 godziny wykonuje ona prace ziemne dla obszaru 4-5 arów powierzchni. Daje to kwotę 60,00 – 75,00 zł na 1 ar powierzchni (w załączniku faktura). Suma kosztów prac ziemnych dla 1 ara powierzchni badań to łącznie kwota 235,00 zł. Standardowo badania prowadzimy w sposób polegający na odhumusowywaniu pasów o szer. 10 m, rozdzielonych hałdami. Następnie hałdy przemieszczane są do zbadanych wykopów i bada się pasy pod nimi. Dzięki temu koszt prac ziemnych można znacząco optymalizować. Informujemy, że faktury przesłane jako dowody są związane z aktualnie realizowanymi na rzecz GDDKiA w Gdańsku badaniami archeologicznymi na Obwodnicy Metropolitalnej Trójmiasta. Koszty ewentualnego odhumusowania ręcznego ujęto w poz. nr 16 – wynika to z faktu, że stosowane jest ono tylko w sytuacji bardzo wyjątkowych i cennych odkryć – praktycznie nigdy nie dochodzi do sytuacji, w której konieczne byłoby ręczne odhumusowanie całego stanowiska archeologicznego przewidzianego do badań. Standardowo WKZ wyraża zgodę na prowadzenie odhumusowania mechanicznego, natomiast z zawartych w materiałach przetargowych w zakresie szacowań pracochłonności i określających specyfikę stanowiska, nie wynika, aby w tym konkretnym przypadku istniało ryzyko wystąpienia na większą skalę odkryć, która zmuszałaby wykonawcę do ręcznego odhumusowania większych obszarów terenu badań. W tym miejscu wskazujemy także na opinię samego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, który w decyzji nr I.A.I.5143.2.1.22 z 14 lutego 2022 r. wskazał na s. 4, że stanowiska w Turowie są stanowiskami o niewielkiej wartości poznawczej.

Prace wykopaliskowe prowadzi będą zespoły pod kierownictwem uprawnionego archeologa. W tym miejscu wyjaśniamy, że w naszej obecnej praktyce jeden zespół złożony z 1 archeologa i 2 pracowników fizycznych jest w stanie przebadać od 15 do 30 arów tygodniowo. Przyjęcie zatem ramy czasowej na realizację badań (3 miesiące) zawierają bardzo duży margines w kalkulacji czasu potrzebnego na obsługę terenowego etapu badań. Istotnym narzędziem, które pozwoliło nam zoptymalizować – zarówno koszty pracy dokumentacyjnej jak i czas realizacji badań archeologicznych – jest aplikacja pod nazwą ARCHEOLOGY. Pozwala ona wykorzystać urządzenia mobilne (telefony, tablety) nie tylko na potrzeby cyfrowej dokumentacji wyników wykopalisk, ale także na jej szybką obróbkę i transfer do centrali, gdzie następuje analiza danych, przygotowanie materiałów

rozliczeniowych, zestawień niezbędnych do realizacji sprawozdań i opracowań. Narzędzie to nie tylko eliminuje część czynności wykonywanych dotychczas w trakcie procesu badawczego (np. skanowanie dokumentacji papierowej i jej ponowne obrysowywanie w programach graficznych) – czyli go przyspiesza – ale także podnosi jakość pozyskiwanych danych (np. lokalizacja obiektów w systemie współrzędnych Gausa Kruger i możliwość wykorzystania GPS do tego celu. Osiągnęliśmy zatem podniesienie jakości pracy i jednocześnie zoptymalizowaliśmy koszty realizacji badań. Dzięki ARCHEOLOGY do procesu włączono bowiem zaplecze biurowe Fundacji, zatrudniające wykwalifikowanych pracowników biurowych, jednak wykonujących pracę w sposób stacjonarny. Usprawniono natomiast pracę w terenie i skrócono czas, jaki dzieli zakończenie wykopalisk od realizacji opracowania. Chcieliśmy podkreślić, że to nasz autorski pomysł i inni wykonawcy badań archeologicznych w Polsce nie dysponują tego typu narzędziem. Takie narzędzie nie jest dostępne w sprzedaży (w załącznikach wydruki zrzutów z ekranu z aplikacji).

Obszar badań zostanie odpowiednio zabezpieczony, zgodnie z wymogami BHP. Badania wykopaliskowe zostaną zakończone sprawozdaniami wykonanymi przez kierowników badań – teren wykopalisk zostanie uporządkowany zgodnie z wymogami Zamawiającego. W dalszej kolejności materiał zgromadzony w trakcie wykopalisk zostanie opracowany przez kierowników badań lub zespoły archeologów – w zależności od specyfiki i bogactwa odkryć na danym stanowisku archeologicznym. W kalkulacji ujęto wynagrodzenie 2 autorów przez okres 5 miesięcy. Taki okres czasu wystarczy nam z powodzeniem na opracowanie wyników badań, proszę wziąć pod uwagę, że zadeklarowany w ofercie okres 10 miesięcy, obejmuje także okres, w którym opracowania muszą uzyskać niezbędne recenzje – właściwa praca nad ich merytorycznym kształtem musi zakończyć się najpóźniej 2 miesiące przed upływem terminu ofertowego. W razie konieczności zatrudnienia dodatkowych autorów do wykonania opracowań lub wydłużenia czasu pracy nad nimi – środki zarezerwowano w poz. 16 kosztorysu. Materiał zabytkowy – umyty i zakonserwowany – zostanie przekazany do placówki muzealnej, wraz z opracowaniem, które będzie podstawą rozliczenia i zamknięcia realizacji umowy.

Wszyscy pracownicy na etapie wykopaliskowym (kadra archeologiczna i pracownicy fizyczni) zostaną zatrudnieni na umowę o pracę – ich wynagrodzenie zostało skalkulowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Na etapie opracowań przewiduje się zatrudnienie wszystkich pracowników na umowę o dzieło (recenzenci/konsultanci, redaktor, autorzy opracowań).

Wyjaśniamy także, że wskazany w naszej ofercie konsultanci badań są jednocześnie recenzentami. W naszej praktyce standardowo recenzenci opracowań biorą udział w konsultowaniu badań od początku ich przebiegu. Nieuwzględnienie w pozycjach kosztorysu odrębnej wyceny pracy konsultanta wynika z faktu, że koszt tej pracy zawiera się w koszcie

wykonania recenzji. W związku z tym koszt konsultanta badań został skalkulowany w kosztach wykonania recenzji. Chcielibyśmy podkreślić, że w tego rodzaju badaniach archeologicznych, konieczność konsultowania badań w terenie pojawia się stosunkowo rzadko – profesorowie biorą udział głównie w konsultowaniu wyników wykopalisk (w tym przypadku istotny jest także nikły walor poznawczy stanowisk do badań). Stąd ujęcie ich ewentualnych wizyt w terenie w ramach wynagrodzenia za recenzję ostatecznego opracowania wyników badań, jest działaniem standardowym i powszechnie spotykanym. Koszty ich transportu zostały ujęte w pkt. 11 tabeli. W razie konieczności wykonania dodatkowych czynności, jak np. opinii dotyczącej metodyki badań, ich zakresu i sposobu postępowania z zabytkami, lub udział w procedurach odbiorowych – środki zabezpieczone w pkt. 11 i 16.

Przytoczone wyżej czynności, niezbędne do zrealizowania zamówienia, zostały przez nas skalkulowane w sposób rzetelny i realistyczny. Nasze kalkulacje wynikają nie tylko z wieloletnich doświadczeń zespołu w zakresie realizacji badań dla GDDKiA w całej Polsce. W czerwcu minionego roku zakończyliśmy etap terenowy badań archeologicznych związanych z budową drogi ekspresowej S6 dla GDDKiA w Gdańsku, natomiast w chwili obecnej realizujemy dla tego samego zamawiającego badania w ramach kolejnych umów, w związku z budowami: Drogi Ekspresowej S6 (trzy zadania) i Obwodnicy Metropolitalnej Trójmiasta (2 zadania), na obszarze przekraczającym powierzchnię 20 ha wykopalisk. Nasze kalkulacje wynikają więc nie tylko z wieloletniej praktyki, ale także ze znajomości obecnych realiów rynkowych. Dla GDDKiA w Gdańsku także składaliśmy wyjaśnienia ceny oferty w listopadzie minionego roku i zostały one zaakceptowane, zaś nasza współpraca przebiega wzorowo.

Na koniec podkreślamy, że posiadamy kilkunastoletnie doświadczenie w zakresie badań archeologicznych. Specjalizujemy się w realizacji kontraktów dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i mamy w swoim dorobku przeszło 100 ha wykopalisk w związku z budowami dróg krajowych i autostrad. Wszystkie badania zrealizowaliśmy należycie i możemy zapewnić, że tym razem ponownie przygotowaliśmy ofertę w zakresie kalkulacji w sposób rzetelny.

Odnosząc się do pkt. II Państwa pisma wyjaśniamy, że podstawą zwolnienia z podatku vat jest indywidualna interpretacja podatkowa, wydana naszej Fundacji. Przesyłamy ją w załączniku.

Do wyjaśnień z dnia 9 lutego 2023 r. wykonawca Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu załączył:

- kopię faktury firmy na odhumusowanie koparką skarpówką,
- kopię faktury firmy P.P.U.S. POLKAR Sp. z o.o. – rekultywacja i zahumusowanie,
- wydruki – zrzuty z ekranu aplikacji ARCHEOLOGY,

- indywidualną interpretację podatkową z dnia 11 kwietnia 2022 roku wydaną na swoją rzecz przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, w której ww. organ uznał za prawidłowy wniosek Fundacji z 20 stycznia 2022 r., o wydanie interpretacji indywidualnej, a który dotyczył uznania wykonywanych przez Fundację usług badań archeologicznych za usługi kulturalne, zwolnione od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 33 lit. a ustawy o podatku od towarów u usług oraz zastosowania ww. zwolnienia w przypadku uzyskiwania przez ww. Fundację systematycznych zysków z tej działalności.

(por. ww. wyjaśnienia wraz z załącznikami, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Następnie ustalono, że pismem z 16 marca 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego jako najkorzystniejszej w zakresie części 2 jak i części 3 zamówienia.

(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym).

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcy Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.* Zgodnie zaś z art. 525 ust. 2 ustawy Pzp, *zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba stwierdziła po pierwsze, że wykonawca Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu nie przesłał odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia na adres mailowy wskazany w treści odwołania. Izba stwierdziła ponadto, że wykonawca Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu nie przesłał także zamawiającemu kopii zgłoszenia przystąpienia przesłanego do Prezesa Izby. W zgłoszeniu przystąpienia przesłanym do Izby wykonawca złożył oświadczenie, że *„posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia publicznego ponieważ jego oferta została wyłoniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu przetargowym”*. Tymczasem, jak wynikało z dokumentu przesłanego zamawiającemu otrzymał on jedynie plik z oświadczeniem *„niniejszym zgłaszam przystąpienie Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego do postępowania odwoławczego w związku z odwołaniem, które złożyło u Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej konsorcjum firm „APB Thor sp. z o.o. i ASINUS I. M.”*, a więc nie tylko niezgodny ze zgłoszeniem przesłanym do Izby, ale także

niezawierający obligatoryjnego elementu zgłoszenia, jakim jest wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, *zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie*. Wobec powyższego stwierdzono, że wykonawca Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez niewłaściwe zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na nieuzasadnionym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu w części nr 2 i nr 3 zamówienia objętego postępowaniem nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11 stwierdzono, że błędem w obliczeniu ceny jest przyjęcie przez wykonawcę w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT. *Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny*. Nieprawidłowa stawka podatku VAT to zaś taka stawka, która została przyjęta niezgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi.

W analizowanej sprawie odwołujący pomimo, że postawił formalnie w odwołaniu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, to nie tylko nie udowodnił, ale nawet prawidłowo nie zarzucił, że Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu zastosowała stawkę podatku „zwolniony”, niezgodnie z właściwymi przepisami podatkowymi. Co istotne, zamawiający w toku postępowania wezwał Fundację Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień na temat przyczyn zastosowania stawki podatku od towarów i usług – „zwolniony”. Jak wynikało z wyjaśnień Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu z dnia 9 lutego 2023 r. podstawą zwolnienia z podatku VAT była indywidualna interpretacja podatkowa, wydana Fundacji. Do wyjaśnień Fundacja załączyła interpretację indywidualną wydaną przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej nr UNP: 1625844 z dnia 11 kwietnia 2022 roku.

Jak wynikało z ww. interpretacji, organ uznał za prawidłowe stanowisko Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu przedstawione mu w jej wniosku co do uznania usług badań archeologicznych wykonywanych przez tę fundację za usługi kulturalne, zwolnione od podatku na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 33 lit. a ustawy o podatku od towarów i usług oraz zastosowania ww. zwolnienia w przypadku uzyskiwania przez Fundację systematycznych zysków z tej działalności.

Odwołujący, choć postawił formalnie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, to w uzasadnieniu zarzutu szeroko skupiał się na kwestii niezgodności ww. stawki ze wzorem formularza ofertowego. Tymczasem kwestia zgodności lub niezgodności stawki z wzorem formularza ofertowego nie jest równoznaczna z postawieniem zarzutu niezgodności przyjętej stawki z przepisami prawa podatkowego. Wobec powyższego taka argumentacja odwołującego nie mogła świadczyć o popełnieniu błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W zakresie ewentualnej niezgodności zastosowanego zwolnienia z przepisami prawnopodatkowymi uzasadnienie zarzutu sprowadziło się do jednego zdania, w którym odwołujący stwierdził, że jego zdaniem „*zastosowanie zwolnienia w oparciu o przedłożoną interpretację indywidualną również nie było możliwe*”. W ocenie Izby tego jednego zdania nie można było uznać za prawidłowo sformułowany i uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Z powyższego jednego zdania nie wynikało bowiem, dlaczego według odwołującego zastosowanie przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu zwolnienia, pomimo dysponowania przez nią załączoną interpretacją indywidualną, miałyby być niezgodne z przepisami prawa podatkowego. Odwołujący miał dostęp do interpretacji indywidualnej przedstawionej przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu, gdyż była załącznikiem do wyjaśnień ww. wykonawcy. Odwołujący mógł zatem wdać się w spór, wyjaśnić i wykazać, dlaczego jego zdaniem stawka ta jest niezgodna z przepisami prawa podatkowego, czego jednak nie uczynił.

Wobec powyższego, zarzut jako kompletnie nieuzasadniony, nie mógł zostać uwzględniony.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie czynności poprawienia w ofercie Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu stawki podatku VAT niezgodnej z dokumentami zamówienia.

Jak wskazano w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11, *Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)*. Z powyższego wynika, że aby zamawiający był uprawniony i zobligowany do poprawienia takiej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp (odpowiedniku przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 z ustawy Pzp2004) muszą być spełnione dwa warunki:

- po pierwsze, musi nastąpić przyjęcie przez wykonawcę nieprawidłowej stawki podatku VAT, a więc stawki niezgodnej z przepisami prawa podatkowego,
- po drugie zaś, zachodzą podstawy do poprawienia tzw. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, czyli przyjęta przez wykonawcę niezgodnie z przepisami prawa podatkowego stawka podatku VAT jest jednocześnie niezgodna z dokumentami zamówienia, w których zamawiający wskazuje stawkę zgodną z tymi przepisami.

W analizowanej sprawie, jak już wskazano wcześniej, po stronie Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu nie doszło do popełnienia błędu w obliczeniu ceny przez zastosowanie niezgodnej z przepisami prawa podatkowego stawki podatku VAT „zwolniony”. Odwołujący nie wykazał bowiem, a nie nawet prawidłowo nie zarzucił, aby zastosowana przez ww. wykonawcę stawka podatku VAT „zwolniony” była niezgodna z przepisami prawa.

Wobec powyższego brak było podstaw do zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp – część 2 postępowania.

Odwołujący podniósł w treści odwołania, jakoby Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu w wycenie oferty miała nie uwzględnić poniesienia kosztu zatrudnienia pracownika techniczno – dokumentacyjnego. Zdaniem Izby odwołujący, podnosząc ww. zarzut, nadinterpretował treść pkt III.8 C OPZ.

Odwołujący wywiódł, jakoby z ww. zapisów OPZ jednoznacznie wynikało, że rolą pracowników techniczno-dokumentacyjnych jest *wykonywanie prac w terenie*. Jednakże dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie posłużył się w OPZ takim sformułowaniem. Zgodnie bowiem z treścią punktu III.8.C OPZ, do zadań ww. osoby należało wykonywanie terenowej dokumentacji rysunkowej, opisowej i fotograficznej. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wszelkie wątpliwości co do treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy. Skoro zatem zamawiający nie zastrzegł, że pracownik techniczno-dokumentacyjny ma wykonywać prace w terenie, jak błędnie utrzymywał odwołujący, a ma jedynie wykonywać dokumentację terenową, to dopuszczalne było takie zinterpretowanie spornego postanowienia, jakie zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie ze *słownikiem Języka Polskiego PWN*, pod pojęciem „terenowy” rozumieć należy „*pewien obszar ziemi*” lub „*obszar objęty sferą*

czyjegoś działania”. W takim zaś zestawieniu pod pojęciem „dokumentacji terenowej” należy rozumieć „dokumentację obejmującą pewien obszar ziemi (obszar badań)”, a nie dokumentację wykonywaną wyłącznie w terenie.

Kierując się powyższym Izba stwierdziła, że „wykonywanie terenowej dokumentacji” nie musi być tożsame z wykonywaniem pracy wyłącznie w terenie, a może odnosić się do wykonywania, także poza terenem, dokumentacji dotyczącej pewnego obszaru ziemi (terenu).

Z treści wyjaśnień Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu wynikało, że wykonawca ten przyjął taką organizację pracy, w której zespół terenowy wykonuje badania w terenie. W badaniach tych uczestniczą także pracownicy fizyczni, którzy dokonują odhumusowania oraz eksploracji warstwy. Co istotne, czynności w tym zakresie zgodnie z pkt III.8.D lit. a-c opisu przedmiotu zamówienia należały także do pracowników fizycznych. Te osoby fizyczne działając pod kontrolą archeologa dokonują prac fizycznych związanych z eksploracją stanowiska. Zespół ten dokonuje rejestracji za pomocą urządzeń teleinformatycznych, zbiera dane i wprowadza je do programu Archeology. Jest to dokumentacja zdjęciowa z danymi geolokalizacyjnymi. Jak wynikało z pkt 6 tabeli znajdującej się w wyjaśnieniach Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu, następnie pracownicy biurowi wykonują dalszą część badań, w tym również na stanowisku do wykonywania fotografii zabytków, dokonują czynności poligraficznych, skanowania dokumentów. Jak wynikało z pkt 6 tabeli wyjaśnień przystępującego, uzyskane w trakcie wykopalisk artefakty są dokumentowane zatem także na specjalistycznych stanowiskach zaplecza. Tworzona jest w ten sposób przez pracowników biurowych dokumentacja terenowa na etapie finalnym.

Powyższe oznaczało, że Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu nie zrezygnowała z zatrudnienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych, tylko nazwała ich pracownikami biurowymi. W ocenie Izby istota spornego wymogu nie leżała w nazwie pracowników, ale zakresie wykonywanych przez nich czynności. Niewątpliwie zaś Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu w cenie oferty skalkulowała koszt zatrudnienia osób, które będą wykonywały prace określone w pkt III.8.C OPZ, a tylko nie nazwała ww. osób pracownikami techniczno – dokumentacyjnymi.

Chybiony okazał się zarzut, jakoby Fundacja zamierzała zatrudniać pracowników biurowych, realizujących w ww. aspekcie wykonywanie terenowej dokumentacji na podstawie umowy cywilnoprawnej, a nie na podstawie umowy o pracę, co wynikało z § 7 wzoru umowy. Rzeczywiście, w § 7 ust. 1 wzoru umowy zamawiający przewidział:

1. *Wykonawca jest zobowiązany do zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w okresie realizacji przedmiotu Umowy osób wykonujących następujące czynności:*

- 1) *odhumusowanie obszaru badań,*
- 2) *eksploracja warstwy kulturowej i obiektów archeologicznych,*
- 3) *usuwanie materiału ziemnego z wykopów powstałego w trakcie eksploracji,*
- 4) *wykonywanie terenowej dokumentacji rysunkowej, opisowej i fotograficznej.*

Z powyższego postanowienia wynikało wprost, że to osoba, która będzie wykonywała czynności z zakresu wykonywania terenowej dokumentacji rysunkowej, opisowej i fotograficznej ma być zatrudniona na podstawie umowy o pracę.

Z wyjaśnień Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu wynikało, że zastosowała się do ww. wymogu. Wykonawca przewidział, że na obu etapach (prace w terenie i prace w biurze), ww. czynności będą wykonywały osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę. W wyjaśnieniach na str. 6 Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu wskazała, że *Wszyscy pracownicy na etapie wykopaliskowym (kadra archeologiczna i pracownicy fizyczni) zostaną zatrudnieni na umowę o pracę – ich wynagrodzenie zostało skalkulowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.* Jeśli natomiast chodzi o etap biurowy, to jak wynikało z pkt 6 tabeli, wykonawca określił osoby wykonujące ww. czynności „pracownikami biurowymi”, co wskazywało na zatrudnienie ich na podstawie umowy o pracę, a nie na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Zdaniem Izby, od opracowywania wyników badań z wiersza 6 tabeli należało odróżnić czynności z wiersza 5 tabeli. W wierszu tym wymieniono czynności z zakresu pracy twórczej (naukowej) wykwalifikowanych autorów dokumentacji będące dziełem, z którym związane są prawa autorskie (w myśl ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych), a nie czynności techniczno - dokumentacyjne (czynności odtwórcze), wykonywane przez pracowników technicznych w biurze (techniczno – dokumentacyjnych).

Odwołujący nadinterpretował zatem treść wyjaśnień Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu błędnie utrzymując w pkt 28 odwołania, jakoby z pracownikami biurowymi miała być podpisana umowa o dzieło. Tymczasem z wyjaśnień wykonawcy wprost wynikało, że umowa o dzieło będzie podpisana, ale nie z pracownikami biurowymi z pkt 6 wiersza tabeli, jak nieprawidłowo utrzymywał odwołujący, lecz z osobami z wiersza 5 tabeli.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący nieuwzględnienia w cenie oferty rozpoznania saperskiego i ewentualnych kosztów, które mogą powstać w wyniku takiego rozpoznania.

Jak wynikało z pkt III. 4 OPZ zamawiający przewidział, że *W przypadku natrafienia na niewypały i niewybuchy Wykonawca zobowiązany jest do działania zgodnie z Ustawą o*

wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, Art. 130 [131] oraz do wezwania odpowiednich służb i zawiadomienia Zamawiającego. Koszty zabezpieczenia terenu oraz akcji usunięcia niewypałów/niewybuchów ponosi Wykonawca.

Z powyższego postanowienia wynikało, że obowiązki wykonawcy przewidziane w tym punkcie zaktualizują się w przypadku natrafienia na niewypały i niewybuchy. Omawiany obowiązek wykonawcy może, a nie musi się zatem zaktualizować. W tej sytuacji właściwym działaniem wykonawcy powinno być wycenienie nie wykonywania prac saperskich, ale ryzyka ich wystąpienia. Tego rodzaju koszt mógł być zatem ujęty w tych pozycjach kalkulacji, które dotyczyły rezerw (ryzyk) wykonawcy, gdyż do tego sprowadzało się wymaganie zamawiającego. Faktem jest, że w wyjaśnieniach ceny wykonawca nie wymienił wprost ww. ryzyka. Jednakże, w wierszu 16 tabeli znajdującej się w wyjaśnieniach Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu zamieściła ona pozycję „inne zobowiązania cywilno – prawne”. Można było zatem przyjąć, że w pozycji tej są zawarte wszelkie inne zobowiązania niż enumeratywnie wymienione w pozostałych wierszach tabeli, a konieczne do wykonania umowy, w tym m.in. ryzyko wynikające z rozpoznania saperskiego.

Odwołujący, w trakcie rozprawy dodatkowo wywiódł, że koszt przewidziany w tabeli w wierszu 16, kształtujący się na poziomie 12 tysięcy złotych, jest niewystarczający, wobec ujęcia w tym wierszu dalszych ryzyk. Uważał, że na ryzyko rozpoznania saperskiego należało przewidzieć co najmniej kilka tysięcy złotych. Stanowisko odwołującego pozostało gołosłowne, gdyż na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Ponadto przy ocenie ww. okoliczności wzięto pod uwagę, że Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu niezależnie od pozycji dotyczącej ryzyk z wiersza 16 tabeli, w wierszu 17 tabeli przewidziała także pozycję zysk w wysokości ponad 10.000 zł.

Chybione okazały się zarzuty dotyczące wysokości kosztu zatrudnienia pracowników fizycznych w wysokości 4.205,00 zł. Jak wynikało z wysokości ww. kwoty, stawki te przewyższały stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę, określone na podstawie odrębnych przepisów. Ponadto stawki, które kwestionował odwołujący dotyczyły pracowników fizycznych, a więc osób o relatywnie niższych kwalifikacjach. W tej sytuacji, pomimo faktycznego niezłożenia dowodów w tym zakresie przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu, zamawiający nie mógł uznać, że koszty, które przyjął wykonawca, są niezgodne z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych i powziąć w tym zakresie wątpliwości.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów polegające na zaniechaniu wezwania Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej w części 2 postępowania, mimo że Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez wykonawcę w części nr 2 postępowania, okazał się chybiony.

Jak wskazano wcześniej, brak było podstaw aby zamawiający po lekturze pierwszych wyjaśnień Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu musiał powziąć jakieś wątpliwości wymagające dodatkowego wyjaśnienia. Wobec powyższego nie było konieczności do nakazywania zamawiającemu kierowania do Fundacji kolejnego wezwania.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jak wskazano wcześniej, Fundacja Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu przewidziała zatrudnienie osób, które miały wykonywać czynności opisane w pkt III. 8.C OPZ, jako zadania pracownika techniczno-dokumentacyjnego. Nie można było się zatem zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, jakoby wykonawca nie przewidział zatrudnienia ww. osób w trakcie realizacji zamówienia, a tylko w wyjaśnieniach nazwał te osoby inaczej.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 223 ust. 3 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie wezwania Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu do wyjaśnień dotyczących treści oferty wykonawcy złożonej w części nr 3, pomimo iż w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny istnieją wątpliwości czy wykonawca przewidział do realizacji zamówienia w części nr 3 osoby pełniące funkcję pracownika techniczno – dokumentacyjnego co było wymagane w świetle treści pkt III.8.C OPZ.

Odwołujący w uzasadnieniu ww. zarzutu podniósł, że z uwagi na artykułowane przez niego wątpliwości odnośnie zatrudnienia pracowników techniczno-dokumentacyjnych w zakresie części 2 zamówienia, należałoby wezwać Fundację Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie również w części 3.

Skoro zatem Izba stwierdziła, że wątpliwości odwołującego co do zatrudniania przez Fundację Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu pracowników techniczno – dokumentacyjnych w zakresie części 2, nie potwierdziły się, to brak było podstaw do nakazywania zamawiającemu kierowania wezwania do Fundacji Dziedzictwa Archeologicznego we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień w zakresie części 3.

Wobec uznania za niezasadne wszystkich zarzutów, chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp o *oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia 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 analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: