

Sygn. akt: KIO 3573/23

WYROK
z dnia 14 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 grudnia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 listopada 2023 roku** przez wykonawcę **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. B. ARTEFAKT - FIRMA ARCHEOLOGICZNA z siedzibą w Radomsku** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Prokuratura Regionalna w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**

orzeka:

Jwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy DANTISCUM Pracownia Badań Archeologicznych z siedzibą w Gdańsku,

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;

osztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Prokuratura Regionalna w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku,**

następujący sposób:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. B. ARTEFAKT - FIRMA ARCHEOLOGICZNA z siedzibą w Radomsku** tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od **Zamawiającego – Skarbu Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Prokuratura Regionalna w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**

na rzecz **Odwołującego - K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. B. ARTEFAKT - FIRMA ARCHEOLOGICZNA z siedzibą w Radomsku** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem kosztów wpłaconego wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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:

.....

Sygn. akt KIO 3573/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Prokuratura Regionalna w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie *Wykonanie badań wyprzedzających wykopaliskowych dla zadania „Budowa Budynku Prokuratury Regionalnej w Gdańsku wraz z zagospodarowaniem terenu”*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00463058/01

Dnia 27 listopada 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. B. ARTEFAKT - FIRMA ARCHEOLOGICZNA z siedzibą w Radomsku, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań w postępowaniu Zamawiającego polegających na:

1. wadliwej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wyborze i zaniechaniu odrzucenia oferty DANTISCUM Pracownia Badań Archeologicznych (dalej: „DANTISCUM”), mimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ustawy Pzp, co w konsekwencji powoduje, że oferta DANTISCUM jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszając tym zasadę równego traktowania wykonawców, a także wskutek tego, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę;
2. w konsekwencji pkt 1 wadliwym wyborze oferty DANTISCUM jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał naruszenie: art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechaniu odrzucenia oferty DANTISCUM, mimo że wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagań określonych w art. 224 ustawy Pzp, co w konsekwencji powoduje, że oferta DANTISCUM jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszając tym samym również zasadę równego traktowania wykonawców oraz mimo tego, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej 20 listopada 2023 r.;
 2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
 3. odrzucenia oferty DANTISCUM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- Zamawiający udostępnił Odwołującemu *Informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty* w dniu 20 listopada 2023 r. Tym samym odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący podkreślił, że spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 PZP,

ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W wyniku badania i oceny ofert oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert z łączną punktacją 64,04 pkt. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę Odwołującego.

Zamawiający w dniu 26 października 2023 r. opublikował na platformie zamówieniowej dokumentację przedmiotowego postępowania. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 3 listopada 2023 r. do godz. 08:30. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego ofertę złożyło 4 wykonawców.

W dniu 6 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał DANTISCUM do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż zaofferowana przez DANTISCUM cena oferty jest niższa o ponad 30% od:

-wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, tj. niższa od kwoty 439 540,50 zł,
-średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1 i 10, tj. niższa od kwoty 339 031,74 zł.

W dniu 10 listopada 2023 r. wykonawca DANTISCUM zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego.

W dniu 20 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta DANTISCUM z ceną ofertową brutto 221 400,00 zł.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wskazano, że zastosowanie procedury z art. 224 ust. 1 Pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wezwanym wykonawcy.

Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień chcąc je obalić musi wykazać, iż zaofferowana przez niego cena i koszt nie zawierają rażąco niskiej ceny. Wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity pogląd, że wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami.

Sam Zamawiający zwrócił wykonawcy uwagę na ten obowiązek w skierowanym do wykonawcy wezwaniu. Jest to o tyle istotne, ponieważ wezwany do wyjaśnień wykonawca musi je złożyć w możliwie wyczerpujący, szczegółowy sposób, tak by wykazać brak rażąco niskiej ceny w swojej ofercie. Wyjaśnienia nie mogą ograniczać się jedynie do ogólnych twierdzeń (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r., sygn. akt. 505/19).

Istotną okolicznością jest również to, że wyjaśnienia mają odpowiadać treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzucenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Treść wezwania Zamawiającego miała charakter szczegółowy. Zamawiający precyzyjnie wskazał, wyjaśnienia których elementów oczekuje oraz jakie koszty, jego zdaniem, powinny zostać ujęte w ramach złożonych wyjaśnień.

W orzecznictwie utrwalił się już jednolity pogląd, że wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. Nie da się określić w ten sposób wyjaśnień DANTISCUM, które nie wykazały, że zaofferowana cena nie jest rażąco niską.

W postępowaniu złożone zostały 3 oferty niepodlegające odrzuceniu o następujących cenach (od najtańszej do najdroższej):

-DANTISCUM:	221 400,00 zł brutto,
-Odwołujący:	552 565,20 zł brutto
-Bogdan Bobowski Antiqua:	745 159,00 zł brutto,

W postępowaniu została złożona również oferta wykonawcy – Pracownia Archeologiczna Pomerania Sp. z o.o. z ceną: 418 200,00 zł brutto. Wykonawca ten również został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, jednak

w wyznaczonym terminie nie udzielił odpowiedzi. Oznacza to, że sam wykonawca uznał, że nie będzie w stanie wykonać zlecenia za wskazaną kwotę, a oferta tego wykonawcy była wyższa od oferty DANISCUM o 196 800,00 zł.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług wynosi: 627 915,00 zł.

Porównując cenę oferty DANTISCUM do kolejnej oferty (Odwołującego) widać, że jest ona tańsza o ponad 331 165,20 zł, tj. o 59,93% i jest tańsza od średniej wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu aż o 56,28%. Jednocześnie cena oferty DANTISCUM jest niższa od ponad 64,746% od wartości zamówienia (powiększonej o podatek od towarów i usług).

To też pokazuje, że oferta tego wykonawcy powinna być szczególnie dobrze wyjaśniona i zbadana pod kątem realności ceny. Tak bowiem istotne różnice mogą świadczyć o nierzetelności tej oferty i błędach w przyjętych założeniach kosztowych.

Cena zaofferowana przez wykonawcę DANTISCUM wynosi 221 400,00 zł brutto. Wykonawca powinien był zatem wyjaśnić w jaki sposób ta cena została skalkulowana.

Kluczowymi elementami wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do DANTISCUM były: 1) Przedstawienie szczegółowe kalkulacji elementów cenotwórczych;
2) Dołączenie dowodów na potwierdzenie argumentacji i kalkulacji.

W obydwu tych kwestiach, złożone przez DANTISCUM wyjaśnienia w ocenie Odwołującego nie potwierdzają realności zaofferowanej ceny.

DANTISCUM złożyło wyjaśnienia w dniu 10 listopada 2023 r. Do wyjaśnień DANTISCUM nie dołączyło żadnych dowodów, na potwierdzenie okoliczności, które miały świadczyć o realności zaofferowanej ceny. Dowody zaś, jak stanowi orzecznictwo Izby są istotnym elementem składanych wyjaśnień (tak wyrok z dnia z dnia 24 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 359/23; wyrok z dnia 07 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1462/21; KIO 1481/21).

Celem złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny, wykazanie, że jest ona realna i umożliwiania należyte wykonanie zamówienia. W tym kontekście braków dowodowych nie można także uznać złożonych wyjaśnień za wiarygodny dowód. Tym samym należało ocenić wyjaśnienia jako lakoniczne, ogólnikowe, nie poparte wiarygodnymi dowodami.

Odwolujący wskazał, że nie każda z okoliczności jest możliwa do udowodnienia za pomocą dokumentów, jednakże w tym przypadku zabrakło jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, że okoliczności, na które powołuje się wykonawca DANTISCUM faktycznie mają miejsce. Bez takich dowodów, wszystkie okoliczności, które wykonawca przywołał w wyjaśnieniach wskazując kilka okoliczności, które miały uprawdopodobnić, że podana przez niego w ofercie cena jest racjonalna i umożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, należy uznać wyłącznie za niczym nie poparte deklaracje.

Zamawiający zażądał szczegółowej kalkulacji elementów cenotwórczych. Wykonawca DANTISCUM nie sprostął również wymaganiom Zamawiającego w tym zakresie. Wykonawca nie przedstawił żadnej kalkulacji, tylko podał wyłącznie w sposób ogólny przykładowe kwoty. Tymczasem wskazanie kwot poniesionych w poszczególnych grupach nie jest szczegółową kalkulacją ceny. Już tylko z tego powodu należałoby uznać, że oferta DANTISCUM winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, gdyż złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i lakoniczne oraz nie zostały poparte dowodami.

Z ostrożności Odwołujący podniósł także, że wykonawca DANTISCUM nie wyjaśnił ani nie sprostął wezwaniu Zamawiającego, to również drastycznie zaniżył koszty oferty. Pomimo tak ogólnikowych wyjaśnień, ich okrojona treść budzi wiele wątpliwości.

W konsekwencji nie sposób uznać, że wykonawca DANTISCUM wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwolujący zwrócił uwagę na czynniki przywołane przez wykonawcę DANTISCUM w treści wyjaśnień, które nie zostały w żaden sposób udowodnione, np.:

- 1) Koszty zatrudnienia osób do realizacji zamówienia;
- 2) Czas niezbędny na wykonanie zamówienia;
- 3) Koszty sprzętu niezbędnego do wykonania prac;
- 4) Inne koszty: obsługa geodezyjna, opracowanie dokumentacji.

Wybrany wykonawca przyjął pewną określoną metodykę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która w tym przypadku powoduje, że jego wyjaśnienia są wysoce niewystarczające. Metodyka ta polega na tym, że zasadniczą część kosztów została „wyjaśniona” jedynie poprzez wskazanie ogólnych kwot, bez „rozbicia” na ceny pojedynczych kosztów/usług/towarów, które odnoszą się do poczynionych założeń. Taki sposób w żaden sposób nie pozwala na weryfikację prawidłowości ceny zaoferowanej przez DANTISCUM.

Szczególnie istotne są braki dowodowe z zakresu kosztów pracy – na bowiem szczególną uwagę zwrócił nie tylko ustawodawca w treści przepisu art. 224 ust. 4 PZP, ale również Zamawiający w treści wystosowanego przez siebie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny do DANTISCUM. Powszechną praktyką jest, że wykonawcy dołączają jako dowody kopie umów o pracę czy też oświadczenia personelu o zobowiązaniu do świadczenia usług po określonych stawkach czy też w określonym wymiarze.

Wykonawca DANTISCUM w wyjaśnieniach wskazał, jedynie, że koszt zatrudnienia do 5 osób na 2 miesiące będzie wynosił do 55 000,00 zł brutto.

Powyższe potwierdza, że w zakresie kosztów pracy brak jest jakiegokolwiek odniesienia do wysokości wynagrodzenia wypłacanego osobom zaangażowanym w realizację zamówienia, obliczeń dot. liczby niezbędnych osób itp. Ponadto, Wykonawca nie poparł twierdzeń żadnymi dowodami.

Wykonawca wskazał, że zamierza zatrudnić do 5 osób, co tylko pokazuje i potwierdza, że wycenienia wykonawcy DANTISCUM nie są konkretne, a Zamawiający tak naprawdę nie wie ile osób wykonawca skieruje do realizacji zamówienia i jakie aktualnie warunki proponuje zatrudnionym przez siebie pracownikom/współpracownikom.

Również inne wycenienia przedstawione przez DANTISCUM w treści wyjaśnień nie są realne lub zostały przedstawione w sposób nieprawidłowy.

Zgodnie z § 1 ust. 4 – 6 Wzoru Umowy (Załącznik nr 4 do SWZ):

„4. Zakres przedmiotu umowy obejmuje przeprowadzenie badań archeologicznych wykopaliskowych wraz z opracowaniem wyników badań oraz wykonaniem niezbędnych analiz i datowań bezwzględnych przez uprawnione. Przedmiot umowy należy wykonać zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony zabytków.

5. Badania należy wykonać zgodnie z Decyzjami wydanymi przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Gdańsku oraz prowadzić zgodnie z wytycznymi dotyczącymi standardów prowadzenia badań archeologicznych w terenie i ich dokumentacji.

6. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia sprawozdań, wykonanych analiz i opracowań wyników badań w terminie określonym w § 2.”

Natomiast zgodnie z § 2 ust. 1 Wzoru Umowy termin realizacji zamówienia wynosi 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt. 11) ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków

i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2022, poz. 840) badania archeologiczne to działania mające na celu odkrycie, rozpoznanie, udokumentowanie i zabezpieczenie zabytku archeologicznego. Badania wykopaliskowe nie polegają na mechanicznym „przekopaniu” nawarstwień i konstrukcji czy wyłącznie na pozyskiwaniu zabytków ruchomych. Ich istotą jest metodyczna eksploracja systemu nawarstwień, konstrukcji, styków obiektowych i innych jednostek stratygraficznych wraz z powiązаныmi z nimi zabytkami ruchomymi. Kontekst bowiem jest podstawowym warunkiem stanowiącym o istocie i wartości relikwiotów archeologicznych. Do tego nieodłączną częścią badań jest dokumentacja, sporządzana równocześnie z eksploracją.

Z przedłożonych wyjaśnień wynika, że DANTISCUM przyjęło założenie, że szacowany czas wykonania wyprzedzających badań archeologicznych dla zadania to okres do 2 miesięcy, co stanowi 44 dni robocze (352 h).

Zgodnie z Decyzją Nr ZA.5161.416-3.2022.PK z dnia 04 lipca 2022 r. Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków (dalej: „Decyzja”) badania archeologiczne należy prowadzić zgodnie z wymogami określonymi w Decyzji:

- użycie sprzętu mechanicznego – wyłącznie koparek z łyżkami skarpówkami – dopuszcza się jedynie do zdjęcia współczesnej warstwy niwelacyjnej. Wszelkie warstwy historyczne, jałowe i kulturowe mogą być zdejmowane i

eksplorowane wyłącznie ręcznie. Profile wykopu muszą zostać ręcznie doczyszczane. Wykop na każdym etapie eksploracji musi być podczyszczony;

- badania należy prowadzić przy rozmrożonym gruncie ze względu na ryzyko uszkodzenia substancji zabytkowej w przypadku eksploracji zamrożonych warstw i obiektów kulturowych;

- w przypadku natrafienia na zabytki, nawarstwienia lub obiekty archeologiczne, elementy zabytkowej architektury, prace należy wstrzymać i powiadomić PWKZ;

- relikty historycznej architektury podlegają ochronie i konserwacji w miejscu występowania.

Powyższe ma kluczowe znaczenie dla ustalenia czasu niezbędnego do wykonania prac. Użycie sprzętu (koparki) dopuszczalne jest tylko przy pierwszej warstwie współczesnej niwelacyjnej. Natomiast wszelkie pozostałe prace muszą być wykonane ręcznie, natomiast szacowana głębokość wykopu to od 2,5 do 3 m.

Odwolujący wskazał również, że z jego doświadczenia wynika, że jedna osoba jest w stanie wyeksplorować 12,5m² na dzień, na głębokość 0,25m (tyle wchodzi sztych szpadla w ziemię). Przy pięciu osobach dziennie, wykonawca DANTISCUM przebadania 62,5m² wykopu na głębokość 0,25m. Przy powierzchni 1021m², przeznaczonej do badań już po 16 dniach wyeksploruje 1000m² na głębokość 0,25m. 16-dniowych cyklów, musi być przynajmniej 8.

8 x 16 to daje 128 dni. Jest to prawie 4,5 miesiąca badań. Prace te nie mogą zostać przyspieszone, chyba że wykonawca zatrudniłby więcej osób.

Odwolujący na potrzeby odwołania przyjął wyliczenia dotyczące wykopu przy założeniu sprzyjających warunków, która jest nader optymistycznym założeniem uwzględniając m.in. warunki pogodowe czy charakter wykonywanych prac archeologicznych.

Kolejnym elementem oczywistego wręcz zaniżenia kosztów jest kwestia wykonania opracowania wyników badań.

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ) wykonawca realizujące zamówienie zobowiązany jest do wykonania również opracowania wyników badań oraz wykonania niezbędnych analiz:

„20. (...) Na każdym etapie badań będzie wykonywana wymagana dokumentacja archeologiczna (opisowa, rysunkowa lub fotograficzna). Zostanie ona sporządzona zgodnie z wymogami Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków (Dz. U. z 2021 poz. 81 t.j.) oraz wytycznymi Krajowego Ośrodka Badań i Dokumentacji Zabytków w sprawie standardów metodycznych i dokumentacyjnych badań archeologicznych i opracowań wyników.

21. Sposób dokumentacji ewentualnych nawarstwień archeologicznych:

• Wykonanie planu płaskiego w skali 1:250,

• Wykonanie zdjęć zbiorczych planu,

• Wykonanie zdjęć szczegółowych planu, o ile zajdzie taka potrzeba,

• Dowiązanie obiektów nawarstwień archeologicznych do osnowy poziomej zgodnej z państwową siecią osnowy geodezyjnej,

• Wykonanie niwelacji obiektów archeologicznych, wątków architektonicznych etc., dowiązanej do osnowy pionowej zgodnej z państwową siecią osnowy geodezyjnej, bądź do charakterystycznych punktów terenu o umownej wartości 100 m,

• Wykonanie zdjęć i rysunków profili obiektów archeologicznych, wątków architektonicznych etc.,

• Wykonanie dla odnalezionych obiektów dokumentacji fotograficznej umożliwiającej odwzorowanie skali, oraz w przypadku stwierdzenia takiej konieczności wykonanie cyfrowej dokumentacji rysunkowej z zachowaniem proporcji i skali dla wybranych obiektów archeologicznych wątków architektonicznych etc.

22. Wydobycie, zabezpieczenie, udokumentowanie i zinventaryzowanie zabytków archeologicznych pozyskanych w trakcie prowadzenia nadzoru.

23. Dokumentacja i konserwacja zabytków zgodna z wymogami muzeum

i standardami dokumentacji określonymi przez Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w:

• Rozporządzeniu Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków (Dz.U. z 2021 r. poz. 81 t.j.).

24. Sporządzenie sprawozdania z badań i sposobu dalszego postępowania

z zabytkiem oraz przekazanie go do Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Gdańsku.”

Wykonawca DANTISCUM w zakresie kosztów wykonania opracowania wyników badań, w tym m.in. sporządzenia sprawozdania z badań, inwentaryzacji, konserwacji, oczyszczenia i opisanie zabytków a także przygotowania ich i przekazania do jednostki muzealnej oraz wykonania wszelkich niezbędnych analiz specjalistycznych, itp. przewidział na realizację tych prac 30 000 zł brutto.

Analiza, wyjaśnienia, ujednoczenie dokumentacji polowej wytworzonej w trakcie badań terenowych jest procesem długotrwałym i czasochłonnym. Klasyfikacja zabytków, ich konserwacja w zależności od materiału, z którego powstały jest również kosztowna i długotrwała.

Wszystkie przedmioty odkryte podczas wykopów, takie jak ceramika, kości zwierzęce, fragmenty kafli, fajki ceramiczne, przedmioty drewniane, krzemienie, bursztyny i metale muszą zostać oczyszczone ręcznie, oznaczone, spakowane, zakonserwowane i opisane. Oznacza to, że wykonawca po odkryciu pierwszych przedmiotów zmuszony będzie wydelegować swoich pracowników do innych czynności niż praca w terenie lub zlecić prace wyspecjalizowanym pracownikom konserwatorskim.

W poprzednich badaniach w 2011 r. pozyskano 32 000 zabytkowych przedmiotów, które wymagały konserwacji i analizy. Obecnie stawka analizy 1 materiału zabytkowego wynosi 1,5 zł. Wobec tego koszt samej analizy zabytków wynosi 48 000,00 zł. (32 000 x 1,5 zł).

Powyższe wyliczenia nie obejmują konserwacji zabytków, analiz archeozoologicznych, archeobotanicznych, makroszczątków, c14 itd., które wykonywane są tylko przez specjalistyczne pracownie.

Odwolujący podkreślił, że:

a) koszt prób botanicznych za makroszczątki wynosił w 2022 r. 150 zł za jedną próbę. Do wyliczeń ceny należy przyjąć ich około 30. Co oznacza kolejne 4 500 zł dodatkowych kosztów;

b)koszt próby c14 w 2022r. wynosił 650 zł za jedną, a trzeba wykonać ich chociaż 10, co daje sumaryczny koszt 6500 zł;

c)koszt konserwacji metali wynosi 32 zł za sztukę. W badaniach z 2011r. odkryto 2150 zabytków metalowych (dane ze sprawozdania z badań dołączonego przez Zamawiającego do SWZ). Część zabytków okazała się destruktaami (nie było już co konserwować) więc do konserwacji należy poddać połowę tych zabytków, a więc 1075. Oznacza to kolejny koszt 34 400 zł;

d)koszt konserwacji skóry to koszt 250zł za sztukę, a drewna 200zł za sztukę.

Dla opisanego powyżej opracowania wyników badań niezbędne jest wykonanie dodatkowych prac, które nie zostały uwzględnione w wyjaśnieniach DANTISCUM.

W powyższych kwotach nie zostały uwzględnione koszty druku dokumentacji obejmującej wieloformatowe plany oraz kolorowe zdjęcia.

Według Odwołującego minimalny koszt opracowania to 93 400zł. Tymczasem jak wynika z wyjaśnień DANTISCUM przewidział koszt opracowania na 30 000 zł. Nawet gdy dodamy do tego zysk przewidziany w ofercie - 41 940 zł, oraz rezerwę - 10 000 zł, to i tak niedoszacowanie wykonawcy DANTISCUM w zakresie opracowania samej dokumentacji wynosi ok. 11 460 zł, co powoduje niemożliwość realizacji zamówienia za założoną kwotę.

A jest to część badań (opracowanie), które stanowi około 35% ceny badań terenowych.

Wykonawca powołując się na znajomość specyfiki tego stanowiska zapomniał, że badany obszar wpisany jest do rejestru zabytków, co bezpośrednio jest wskazane w Decyzji Konserwatora Zabytków.

Ponadto, zgodnie z § 1 ust. 9 Warunków Umowy:

„W zakresie Wykonawcy jest wykonanie wykopów (w razie potrzeby użycie ciężkiego sprzętu) oraz wywóz i utylizacja urobku z wykopów. Dopuszcza się składowanie urobku na terenie inwestycji. Po zakończonych pracach archeologicznych materiał z urobku należy przenieść do wykopu, zasypując go.”

Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (z uwzględnieniem zmian SWZ z dnia 31 października 2023 r.), *„Teren po zakończeniu badań archeologicznych zostanie uporządkowany w sposób niepowodujący zniszczeń pozostawionych tam zabytków archeologicznych. Urobek należy składować na terenie inwestycji. Po zakończonych pracach archeologicznych materiał z urobku należy przenieść do wykopu, zasypując go.*

Do wykonawcy prac archeologicznych należy zabezpieczenie wykopów pod względem bhp zarówno w trakcie jak i po wykonanych pracach wykopaliskowych. Docelowe zagospodarowanie terenu wynika z planowanego zagospodarowania terenu i zostało przedstawione na projekcie zagospodarowania terenu. Teren zostanie przygotowany do planowanego zagospodarowania w formie dróg dojazdowych, zieleni urządzonej, parkingów czy planowanego budynku.”

Poważne wątpliwości budzi również kwestia wywozu i utylizacji urobku z wykopów, do których w ogóle nie odnosi się wykonawca DANTISCUM, wbrew jednoznacznemu wskazaniu przez Zamawiającego prac w umowie oraz OPZ. W związku z tym, można przyjąć założenie, że prace te nie zostały w ogóle wycenione ani tym bardziej uwzględnione w cenie oferty wykonawcy.

Wykonawca DANTISCUM całkowicie gołosłownie twierdzi, że szacowany koszt obsługi geodezyjnej wynosi 2 500 zł. Wykonawca DANTISCUM nie wyjaśnił również właściwej wyceny prac podwykonawcy – geodety. Prace geodety są istotne z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia, albowiem dotyczą one wyznaczenia obszaru wykopu. Nie przedstawił również żadnego dowodu w postaci oferty podwykonawcy, a ogólne twierdzenia nie stanowią uzasadnienia wysokości ceny wykonawcy.

Wykonawca nie wskazał również wyceniac cenę swojej oferty kosztów związanych z zabezpieczeniem instalacji typu prąd, telekomunikacja, wodociągi czy kanalizacja sanitarna, które w trakcie badań zostaną odkryte.

W ocenie Odwołującego powyższe zastrzeżenia czynią wyjaśnienia Wykonawcy nierzetelnymi i nieodzwierciedlającymi realnego wymaganego poziomu zaangażowania do realizacji zadań oraz kosztu ich wykonania. W opinii Odwołującego te zastrzeżenia ewidentnie wskazują, iż wykonawca DANTISCUM zaoferował cenę wykonania przedmiotu zamówienia poniżej minimalnego kosztu jego wykonania.

Dodatkowo, wyprzedzając możliwą przyszłą argumentację Zamawiającego lub DANTISCUM, Odwołujący podkreślił, że *„Postępowanie dowodowe w toku postępowania odwoławczego nie może prowadzić do uzupełniania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w tym niedopuszczalne jest przedkładanie dowodów, które powinny zostać dostarczone uprzednio zamawiającemu wraz z tymi wyjaśnieniami. Rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej (...) skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny. W związku z tym, w przedmiotowym zakresie, Izba ocenia treść wyjaśnień, jakimi dysponował zamawiający oraz czynność ich oceny przez zamawiającego, nie zaś dodatkowe wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego (skarżącego) przed Izbą.”*(wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3488/22). Tylko więc wyjaśnienia złożone przez DANTISCUM w postępowaniu mogą być oceniane w postępowaniu odwoławczym.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że mimo tego, że postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym (tryb udzielania zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne), to wciąż do takich wyjaśnień zastosowanie mają reguły obowiązujące w zamówieniach publicznych, tj. wykonawca musi obalić ciężące na nim domniemanie ceny rażąco niskiej i nie można zaakceptować jakichkolwiek wyjaśnień.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego wyjaśnienia DANTISCUM opierały się na deklaracjach niepopartych żadnymi dowodami, nie odpowiadały w pełni na wezwanie Zamawiającego i w ostateczności uniemożliwiły Zamawiającemu zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń w nich zawartych, a tym samym złożone wyjaśnienia nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy, którego oferta w ocenie Odwołującego

winna być odrzucona godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

W aktach postępowania odwoławczego nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wraz z dodatkowym materiałem dowodowym, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że kryteriami oceny ofert były cena (60%) oraz kwalifikacje zawodowe i doświadczenie (40%).

Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosiła 627 915,00 zł.

W postępowaniu w wyznaczonym terminie składania ofert złożono 4 oferty:

- 1) K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ARTEFAKT z siedzibą w Radomsku za cenę 552 565,20 zł
- 2) Pracownia Archeologiczna Pomerania Sp. z o.o. z siedzibą w Bojanowie za cenę 418 200,00 zł
- 3) Dantiscum Pracownia Badań Archeologicznych z siedzibą w Gdańsku za cenę 221 400,00 zł
- 4) Bogdan Bobowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Antiqua z siedzibą w Karpaczu za cenę 745 159,00 zł.

Przed podpisaniem umowy Wykonawca zobowiązany będzie do złożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Zamawiający nie wymagał zatrudnienia na podstawie stosunku pracy w sposób określony w art. 22 par.1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy.

W formularzu ofertowym należało podać cenę brutto z podatkiem Vat (23%). Wynagrodzenie określono we wzorze umowy jako ryczałtowe.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zażądał od Wykonawcy Dantiscum wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i ich istotnych części składowych, zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wyjaśnienia muszą dotyczyć:

- a) 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 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych ustaw dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- b) Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym wykonywane jest zamówienie,
- c) Elementów kalkulacyjnych dotyczących ceny oferty,
- d) Wszelkich obiektywnych czynników odnoszących się do elementów oferty i mających znaczenie dla należytej realizacji zamówienia.

Wyjaśnienia mogą dotyczyć:

- 1) Zarządzania procesem świadczonych usług,
- 2) Wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,
- 3) Oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę
- 4) Zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- 5) Zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Zamawiający w wezwaniu podkreślił, że wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 627 915,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp wynosi 484 331,05 zł. Wykonawca zaoferował cenę w wysokości 221 400 zł brutto. Zaoferowana cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania (to jest kwoty 439 540,50 zł) oraz średniej arytmetycznej wszystkich ofert (to jest kwoty 339 031,74 zł).

Złożenie wyjaśnień jest niezbędne do ustalenia w sposób jednoznaczny, że za zaoferowaną cenę Wykonawca jest w stanie realizować zamówienie prawidłowo i zgodnie

z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Wykonawca w wyjaśnieniach powinien udowodnić, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, to znaczy że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego wynagrodzenia nie będzie ponosił strat i jest w stanie zrealizować zamówienie. Celem postępowania wyjaśniającego jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami, ponieważ brak udowodnienia ceny skutkuje odrzuceniem oferty.

Obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie dowodów potwierdzających rynkowość i realność założeń dotyczących ceny ofertowej w stosunku do stawek zaoferowanych

w ofercie. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz

z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, np. ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienia za oszacowaną przez siebie cenę. Wykonawca zobowiązany jest szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jaki stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Swoje wyjaśnienia Wykonawca powinien poprzeć dowodami. Można powołać każdy dowód, który stanowi poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że:

1. Szacowany czas wykonania wyprzedzających badań archeologicznych dla zadania to okres do 2 miesięcy, co stanowi 44 dni robocze= 352h.
2. Koszt zatrudnienia do 5osób na 2 miesiące będzie wynosił do 55 000zł brutto.
3. Zaplecze socjalne – wynajęcie na okres badań archeologicznych kontenera biurowo-socjalnego, kabiny sanitarnej (WC) oraz umywalki to następujące koszty:
1 kontener na 2 miesiące - 1 500 zł brutto
dowiezienie i odwiezienie kontenera: 1 500 zł brutto

1 kabina sanitarna + czyszczenie 1x w tyg. + transport - 1 100 zł brutto

1 umywalka + czyszczenie 1x w tyg. + transport - 1 000 zł brutto

SUMA: 5 000zł brutto

4. Jednostkowy koszt pracy koparki pomagającej w wykopaliskach wynosi 185 zł brutto za

1 h pracy. Szacowany czas pracy koparki 352 h ,czyli 185 zł x 352h = 65120 zł brutto.

5. Szacowany czas zasypania wykopu i uporządkowania terenu: maksymalnie 8 dni = 64 h pracy koparki. Zatem 64 h x 185 zł brutto = 11 840 zł brutto.

6. Szacowany koszt obsługi geodezyjnej – do 2500 zł brutto.

7. Szacowany koszt wykonania opracowania wyników badań, w tym m.in. sporządzenia sprawozdania z badań, inwentaryzacji, konserwacji, oczyszczenia i opisanie zabytków a także przygotowania ich i przekazania do jednostki muzealnej oraz wykonania wszelkich niezbędnych analiz specjalistycznych, itp. – 30 000 zł brutto.

8. Dodatkowe, nieprzewidziane koszty: 10 000 zł brutto.

SUMA WSZYSTKICH KOSZTÓW BADAŃ: 179 460 zł brutto

Zakładany zysk: 41 940 zł brutto.

Ponadto Wykonawca zwrócił uwagę na pewne udogodnienia związane z wykonaniem tego zadania:

1. Teren jest w całości ogrodzony. Istniejące, drobne nieszczelności będzie można

z łatwością i przy minimalnych kosztach naprawić, więc powyższy kosztorys tego nie ujmuje.

2. Plan obszaru badań swoim kształtem jest zbliżony do litery U, której wewnętrzna powierzchnia jest obniżona (przebadana wcześniej) o 2-2,5 m, co znacząco ułatwi usuwanie urobku w trakcie badań archeologicznych i je z pewnością przyspieszy.

3. Podobny efekt przyniesie bardzo korzystny kształt wykopu, tj. jest on długi i wąski, co również będzie miało pozytywny wpływ na usuwanie urobku podczas eksploracji wykopu.

4. W trakcie badań archeologicznych jest planowane zatrudnienie do 5 osób. Jednak istotną kwestią jest to, że oprócz nich przede wszystkim Właściciel, jak doświadczony archeolog

(z 26-letnim stażem), będzie pracował w trakcie tych badań, w każdym ich aspekcie,

tj. poczynając od ręcznego oczyszczania odkrytych relikwów, po dokumentowanie i przede wszystkim bieżące kierowanie wykopaliskami. Jest to ważna okoliczność wpływająca na koszt badań, dlatego że nie będzie potrzeby zatrudniania dodatkowych, miejscowych archeologów (DANTISCUM jest firmą lokalną). Tym samym możliwe będzie uniknięcie zdalnego kierowania wykopaliskami, które pod wieloma względami generuje dodatkowe koszty.

5. DANTISCUM Pracownia Badań Archeologicznych w 2010 r. prowadziła na tej działce etap I badań archeologicznych W związku z tym znana jest Wykonawcy specyfika tego stanowiska, co z pewnością również wpłynie na skrócenie czasu badań.

6. Podane w ofercie koszty wyprzedzających badań archeologicznych nie zostały w żaden sposób zaniżone, a jedynie zysk został ustalony w sposób umiarkowany, niewygórowany.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Dantiscum Pracownia Badań Archeologicznych z siedzibą w Gdańsku. Na powyższą czynność złożono odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 239 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną

w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia

w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami. W ramach wyjaśnień, o których mowa w art. 224 Pzp, wykonawca zobligowany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu ofert, ale także do przedstawienia dowodów, dzięki którym zamawiający będzie miał możliwość zweryfikowania złożonych wyjaśnień (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 817/16, LEX nr 2054658; podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie dnia 13 marca 2015 r., sygn. akt: IX Ca 39/15, LEX nr 1835972).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby Dantiscum składając Zamawiającemu wyjaśnienia nie sprostał ciężarowi dowodowemu

i nie uczynił zadość treści wezwania do złożenia wyjaśnień, a przedstawionego stanowiska w wyjaśnieniach nie można uznać za wyczerpujące. Złożone wyjaśnienia uznać należy za ogólnikowe i lakoniczne.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, iż Dantiscum nie dołączył do wyjaśnień jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że założone koszty mają rzeczywisty charakter. Wykonawca w stanowisku, które jak Izba rozumie, sam Wykonawca poczytuje jako kalkulację ceny ofertowej, wymieniono szereg okoliczności, które można było w ocenie

Izby wykazać stosownymi dokumentami. Przykładowo, jeżeli wykonawca twierdził, że ponosi koszty zaplecza technicznego w ściśle określonej wysokości, to na tę okoliczność należało przedstawić oferty, które to potwierdzały. Możliwe było przedstawienie ofert wynajmu kontenera czy innych elementów zaplecza biurowego, z których wynikałoby, że przyjęte założenia kalkulacyjne są możliwe do osiągnięcia.

Podobnie przedstawia się sytuacja w przypadku założeń odnoszących się do kosztów pracy koparki wspomagającej wykopalka, kosztów obsługi geodezyjnej, kosztów opracowania wyników badań i przygotowania eksponatów. Wykonawca podaje pewne kwoty ale w żaden sposób nie uzasadnia na jakiej podstawie, w jaki sposób, jaką metodologią dokonał tego szacowania. Nie powołuje się na żadne oferty wynajmu sprzętu, czy korzystania lub posiadania sprzętu niezbędnego na należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający na rozprawie przedłożył dowód w postaci wyceny sekocenbud,

z którego wynikać miało, że godzina pracy koparki kosztuje 120 zł. Odwołujący natomiast przedstawił ofertę najmu koparki z uwzględnieniem kosztu pracy operatora i kosztów paliwa na kwotę 220 zł netto. W ocenie Izby materiał złożony przez Zamawiającego nie daje odzwierciedlenia rzeczywistego kosztu pracy przy użyciu sprzętu. Odwołującego, że wycena sekocenbud odnosi się raczej do pracy przy użyciu sprzętu będącego własnością podmiotu i nie uwzględnia innych pobocznych kosztów, właśnie jak koszt pracy operatora i koszty paliwa. Ze złożonych wyjaśnień natomiast nie wynika,

że Wykonawca określonym rodzajem sprzętu dysponuje na własność. Nie wynika także, na jakiej podstawie Dantiscum przyjęło w wyjaśnieniach stawkę 185 zł brutto za jedną godzinę pracy koparki. Wykonawca nie przedstawił dowodów na wiarygodność tej wartości a Zamawiający podczas oceny wyjaśnień arbitralnie przyjął, że stawka jest właściwa i wiarygodna.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał, że dokonał analizy wyjaśnień biorąc pod uwagę, że mamy do czynienia z usługami intelektualnymi, niematerialnymi, których koszt zależy w dużej mierze od subiektywnej wycenienia i jednocześnie uznania przedłożonej wyceny za rażąco niską. Owszem, z pewnością część przedmiotu świadczenia związana jest z wykonywaniem usług o charakterze niematerialnym, dotyczy to niewątpliwie wykonania opracowania wyników badań, obsługi geodezyjnej, czy przeprowadzenia odpowiednich badań artefaktów. Zauważyć jednak należy, iż w wyjaśnieniach Dantiscum elementy te obejmują niewielką część ceny ofertowej, podczas gdy znaczący udział w wysokości kosztów związanych z realizacją przedmiotu świadczenia koncentruje się na pracy sprzętu i pracy przy wykopalkach. Tym samym stanowisko Zamawiającego niespójne jest z treścią wyjaśnień.

Zamawiający podkreślał, że oceny wyjaśnień dokonał przy udziale powołanego do nadzoru nad zadaniem w tym postępowaniu Inwestora Zastępczego. Jednakże, co celnie zaznaczył Odwołujący, Zamawiający nie może przerzucać odpowiedzialności na ten podmiot. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, jego przedstawiciele podpisują zobowiązanie umowne, odpowiadają za prawidłowość przeprowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Nawet jeżeli Zamawiający działa przy pomocy inwestora zastępczego, to także jego ustalenia podlegać powinny merytorycznej weryfikacji Zamawiającego. Ocena inwestora, będąca częścią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, również jest bardzo ogólna, powtarza w zasadzie okoliczności przytoczone

w wyjaśnieniach, albo wręcz wskazuje na okoliczności i założenia, które z wyjaśnień nie wynikają. Inwestor przykładowo pisze, że *„wycena zawiera dodatkową pozycję w wysokości 24.390 zł netto zarezerwowaną na wykonanie opracowania wyników badań która, zdaniem IZ, uzupełnia pulę pieniędzy na pokrycie wzrostu stawki roboczogodziny w 2024 roku”*. Takie stanowisko nie wynika z żadnego elementu wyjaśnień złożonych przez Dantiscum.

Choć Zamawiający w SWZ nie postawił obowiązku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, to z przepisów ustawy Pzp i aktów prawa, do których ta ustawa odsyła, niezbiecie wynika, że nawet w przypadku innych podstaw wykonywania pracy, także zawierania umów cywilnych, stawki z tych umów nie mogą być niższe niż minimalne stawki określone przepisami odrębnymi. Dantiscum również w zakresie tych elementów wyjaśnień nie pokazuje na jakiej podstawie zakłada w kalkulacji praca 5 osób będzie się odbywała.

Nie wykazano w żadnym momencie wyjaśnień, że Wykonawca działa zgodnie z przepisami

z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym wykonywane jest zamówienie. Wykonawca poczynionych założeń w zakresie czasu pracy nie odnosi w żaden sposób do opisu przedmiotu zamówienia i nie wyjaśnia oraz nie udowadnia, że możliwe jest wykonanie zamówienia przy przyjętych założeniach czasowych.

Oceniając wysokość założeń kalkulacyjnych przyjętych dla wykonania badań i opracowania dokumentacji, to z materiału ofertowego złożonego przez Odwołującego wynika, że stawka założona przez Dantiscum jest wysoce niewystarczająca na realizację tego zakresu świadczenia. Nawet jeżeli uznać, że Odwołujący przyjął zawyżoną ilość artefaktów, to z wyjaśnień Dantiscum nie wynika jakkolwiek szacowana ilość przyjęta do wyceny, a podana kwota 30 000,00 zł nie została w jakikolwiek sposób przez Wykonawcę uzasadniona jako wystarczająca do realizacji zakresu świadczenia. Zamawiający

w odpowiedzi na odwołanie posługuje się w tym elemencie danymi z umów zawartych w 2010 i 2011 roku. Dla Izby bazowanie na stawkach umów zawartych w poprzedniej dekadzie, nawet jeżeli Zamawiający uwzględni współczynniki inflacyjne, stanowi nieporozumienie,

a niecelowość takich działań, biorąc tylko pod uwagę upływ czasu, zmienne gospodarcze

i doświadczenie życiowe, nie wymaga nawet uzasadnienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie szeroko przedstawił swoje stanowisko związane ze sposobem ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Zauważono,

że szacowania dokonano tak naprawdę na podstawie jednej tylko odpowiedzi na zapytanie, którą przedstawił Odwołujący i tę wartość przyjęto za szacunkową. Dlatego też Zamawiający wyraził przekonanie, że wartość ta nie odzwierciedla sytuacji rynkowej. Dostrzeżenia więc wymaga, zdaniem Izby, że to Zamawiający a nie Odwołujący czy jakikolwiek innych wykonawca odpowiada za należyte oszacowanie wartości zamówienia. Jeżeli Zamawiający uważał, że otrzymana wycena jest zawyżona, nierynkowa, miał możliwość prowadzenia dalszego procesu ustalenia wartości. Co więcej, Zamawiający miał możliwość weryfikacji tej wartości. Zgodnie bowiem z art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Także z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że zamawiający wzywa do wyjaśnień biorąc pod uwagę wartość zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług, zaktualizowaną

z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen

rynkowych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich okoliczności nie wykazywał.

Izba wyraża stanowisko, że ze złożonych w postępowaniu wyjaśnień wynika jedynie, że dany wykonawca wykonywał na rzecz tego samego Zamawiającego wcześniejsze zamówienia i znana jest mu specyfika terenu, co może wpłynąć na skrócenie czasu realizacji przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Izba uznała złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Dantiscum wyjaśnienia nie były wyczerpujące i spójne, nie obrazowały poszczególnych kosztów do poniesienia na wystarczającym poziomie, by uzasadnić możliwość obniżenia ceny oferty. Wyjaśnienia były pozbawione jakiegokolwiek materiału dowodowego, uzasadniającego założenia kosztowe Wykonawcy. W ocenie Izby zarzuty odwołania dotyczące braku szczegółowości złożonych wyjaśnień zasługiwały na uwzględnienie. Wykonawca Dantiscum nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie przedstawił wystarczających dowodów na prawidłowość kalkulacji.

Izba uznała również, iż Zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania wynikające z art. 16 i 17 ustawy Pzp.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy Dantiscum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w tych częściach.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Zamawiającego, przyznając Odwołującemu koszty wpisu od odwołania oraz koszty zastępstwa procesowego.

Przewodniczący:

.....