

Sygn. akt: KIO 2509/15

WYROK
z dnia 7 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. K. Archeo-Explorers w Krakowie (30-079), al. Kijowska 33 lok. 41 oraz D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. A. Pracownia Archeologiczna w Miłoticach, ul. Główna 19a, 55-220 Jelcz-Laskowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie (31-542), ul. Mogilska 25**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. K. Archeo-Explorers w Krakowie oraz D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. A. Pracownia Archeologiczna w Miłoticach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. K. Archeo-Explorers w Krakowie oraz D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. A. Pracownia Archeologiczna w Miłoticach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych w związku z budową drogi ekspresowej S7 odc. Moczydło-Szczepanowice-Widoma-Zastów-Kraków wraz z opracowaniem wyników badań z podziałem na 4 części” zostało wszczęte przez zamawiającego: Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 18 listopada 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 099-180304) w dniu 23 maja 2014 r.

W dniu 13 listopada 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. K. Archeo-Explorers w Krakowie oraz D. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. D. A. Pracownia Archeologiczna w Miłocicach, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie części 2 zamówienia wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu, Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz Fundacji Nauki Archaeologia Silesiae we Wrocławiu, zwanych dalej łącznie konsorcjum UW, a także w zakresie części 3 zamówienia wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum UW oraz oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polskie Pracownie Konserwacji Zabytków S.A. w Warszawie, Oddział w Warszawie oraz P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Galaty” Usługi Ziemno-Inżynieryjne P. M. w Miechowie, zwanych dalej łącznie konsorcjum PPKZ. Odwołujący kwestionował również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części 2 i 3 zamówienia. Zarzucał też Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia wyjaśnień

złożonych przez konsorcjum PPKZ. Tak zakreślonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

- a) „art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- b) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcom z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
- c) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum UW (w zakresie części 2 i 3 postępowania) jako niezgodnej z ustawą, tj. zawierającą błąd w obliczeniu ceny [twierdzenia te zostały rozwinięte w pkt I uzasadnienia odwołania];
- d) art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp w zw. z art. 43 ust. 1 pkt 33, ust. 17a oraz ust. 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji w zakresie nieprawidłowej oceny oferty konsorcjum UW wykorzystującej przewagę konkurencyjną na skutek niezasadnego zastosowania zwolnienia od podatku VAT [twierdzenia te zostały rozwinięte w pkt II uzasadnienia odwołania];
- e) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę PPKZ w części 3 (manipulacja cenami jednostkowymi), mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji [twierdzenia te zostały rozwinięte w pkt III uzasadnienia odwołania];
- f) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę PPKZ, ewentualnie - w przypadku zawierania przez dany dokument tajemnicy przedsiębiorstwa - poprzez zaniechanie odtajnienia danego dokumentu w taki sposób, aby możliwe było zweryfikowanie go bez jednoczesnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa [twierdzenia te zostały rozwinięte w pkt IV uzasadnienia odwołania];
- g) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy PPKZ do złożenia wyjaśnień w kwestii wykazania przesłanek uzasadniających utajnienie załączonych przez niego dokumentów [twierdzenia te zostały rozwinięte w pkt V uzasadnienia odwołania];
- h) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.”

Uzasadniając tak sformułowane twierdzenia Odwołujący w kolejnych punktach uzasadnienia odwołania twierdził co następuje:

- I. Odwołujący uznał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania i oceny ofert. Podnosił, że w ramach części 2 złożono Zamawiającemu 9 ofert, zaś w ramach części 3 – 8 ofert i *„praktycznie wszystkie w zakresie usług nań się składających były opodatkowane stawką podatku VAT 23 %, a tylko jedna (oferta Konsorcjum UW) wskazywała na zwolnienie od tego podatku”*. Zauważał przy tym, że oferta złożona przez konsorcjum UW w części 2 sklasyfikowana na pozycji pierwszej, po doliczeniu do podanej ceny stawki podatku 23% znalazła by się na pozycji piątej, w części 3 zaś z pozycji drugiej spadałaby na pozycję trzecią. Zdaniem Odwołującego: *„nieodrzućenie przez Zamawiającego oferty Konsorcjum UW stosującego zwolnienie od podatku od towarów i usług stworzyło sytuację braku porównywalności ofert przy ich ocenie (...) zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty skalkulowanej bez podatku od towarów i usług, powoduje, iż Wykonawca stosujący zwolnienie uzyskuje nieuzasadnioną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia. Składane oferty stają się nieporównywalne, skoro w odniesieniu do nich Wykonawcy nie skalkulowali jednego z największych kosztów, jakim jest podatek od towarów i usług.”* Odwołujący ocenił takie działanie jako *„godzące w zasadę uczciwej konkurencji”*. Podkreślał przy tym, że *„obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny ofert, w tym m.in. pod względem prawidłowości przyjętych przez Wykonawców przy obliczeniu ceny stawek VAT. Obowiązek taki wynika z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu odrzucenie ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny, za który uznać należy przyjęcie niewłaściwej stawki VAT”*. Zauważał przy tym, że Zamawiający podjął próbę zbadania oferty złożonej przez konsorcjum UW, jednak nie podjął on żadnych działań po otrzymaniu przedstawionych mu wyjaśnień. Odwołujący zastrzegł przy tym, że *„w niniejszej sprawie brak jest możliwości stwierdzenia, że przyjęte przez Wykonawcę Konsorcjum UW zwolnienie z podatku VAT jest wynikiem omyłki, co dawałoby podstawę do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”*.
- II. Jak twierdził Odwołujący w zakresie części 2 i 3 zamówienia konsorcjum UW skalkulowało cenę z naruszeniem przepisów art. 43 ust. 1 pkt 33) lit. a), art. 43 ust. 17a i art. 43 ust. 18 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., Nr 177 poz. 1054 ze zm.), zwanej dalej ustawą o VAT. W ramach tego punktu uzasadnienia Odwołujący wydzielił dalsze cztery podpunkty:

II.1. Zdaniem Odwołującego konsorcjum UW dopuściło się naruszenia przepisu art. 43 ust. 17a ustawy o VAT „w zakresie zastosowania zwolnienia od VAT dla takich usług jak: odhumusowanie, składowanie humusu, rekultywacja terenu rozumiana jako uporządkowanie (wyrównanie) terenu po zakończeniu badań (o ile Zamawiający wraz z Wykonawcą robót budowlanych nie podejmą innej decyzji dotyczącej uporządkowania terenu), prace geodezyjne”, albowiem do kosztów tychże prac zastosowana winna być stawka 23%. Jak twierdził Odwołujący: „usługi te nie stanowią bowiem usług ściśle związanych z usługą podstawową, jaką jest wykonanie archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych, a stanowią jedynie część prac ziemnych, które co do zasady winny wykonywać firmy zajmujące się robotami budowlanymi przy budowie autostrady”. Twierdził on, że potrzeba wykonania tych prac przez wykonawców prac wykopaliskowych wynika z tego, aby w późniejszym czasie nie były opóźniane prace budowlane. Kierując się tym przekonaniem, Odwołujący uznał, że prace ziemne stanowią jedynie usługę pomocniczą do usługi głównej, jaką jest prowadzenie badań wykopaliskowych „nie stanowią dla Zamawiającego celu samego w sobie, ale są jedynie pomocne do lepszego wykonania usługi podstawowej (...) Odwołujący pragnie zauważyć, iż przedmiot zamówienia opisany przez Zamawiającego w Tomie III SIWZ stanowi typowy przykład świadczenia złożonego, składającego się z kilku pojedynczych świadczeń, przy czym świadczenia te, gdyby występowały w samodzielnym obrocie handlowym opodatkowane byłyby różnymi stawkami podatku VAT. (...) W myśl ww. przepisu prawa unijnego i orzecznictwa TSUE konstrukcja tzw. «świadczeń kompleksowych» traktowana jest jako wyjątek od zasady iż każda usługa podlega opodatkowaniu osobno wg. właściwej dla niej stawki podatku VAT. Wyjątek ten zaś znajduje zastosowanie w razie wykazania, że istnieje ścisły nierozzerwalny związek świadczeń pomocniczych z dominującym świadczeniem głównym. Taki ścisły związek lub jego brak skutkuje tym, że bez istnienia jednej usługi druga nie może być wykonana. Jednakże takie okoliczności nie zachodzą w zakresie takich usług jak: odhumusowanie, składowanie humusu, usługi geodezyjne, czy rekultywacja terenu rozumiana jako zagęszczenie gruntu do stanu sprzed i uporządkowanie (wyrównanie) terenu po zakończeniu badań. W zakresie spełniania pierwszego warunku tj. czy usługi ziemne w postaci: odhumusowania, składowania humusu, czy rekultywacji terenu rozumiana jako uporządkowanie (wyrównanie) terenu po zakończeniu badań, są niezbędne do wykonania usługi podstawowej, to należy podnieść, iż usługi te są związane z usługą archeologiczną, ale brak jej przymiotu «ściśłego związania».” Odwołujący przywoływał też treść pkt 3.3 Tomu III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ),

gdzie miało zostać zapisane, że rekultywacja będzie wykonywana „o ile Zamawiający wraz z Wykonawcą robót budowlanych nie podejmą innej decyzji dotyczącej uporządkowania terenu”, uznając, że wprowadzona została tu warunkowość pracy, a w takim przypadku nie może być mowy o ścisłym, nierozzerwalnym związku tych prac z pracami archeologicznymi – podkreślać to miało, zdaniem Odwołującego, raczej związek z budową drogi. W ocenie Odwołującego konsorcjum UW nie wykazało Zamawiającemu okoliczności uzasadniających objęcie usług ziemnych zwolnieniem z podatku VAT – przedstawione przez nie interpretacje indywidualne nie pokrywają się w swych założeniach ściśle z rozpatrywanym obecnie stanem faktycznym – w interpretacjach nie znalazło się bowiem wskazanie na objęcie zakresem prac również robót ziemnych związanych z odhumusowywaniem, czy rekultywacji terenu – odwołano się tam jedynie usług ściśle związanych z badaniami archeologicznymi.

- II.II. W kontekście przepisu art. 43 ust. 18 ustawy o VAT Odwołujący twierdził, że przepisy prawa podatkowego „nie pozwalają ustalić pojęcia «systematycznego osiągnięcia zysków».” Należy jednak, jego zdaniem, uznać, iż „zakres tego pojęcia obejmuje większy zbiór stanów faktycznych niż «osiągnięcie zysków w ramach działalności gospodarczej»”. Odnosząc to do konsorcjum UW, Odwołujący twierdził, że wykonawca ten zastosował zwolnienie od podatku VAT, pomimo tego, że „w sposób systematyczny osiąga zyski z tej działalności”. Uważał on, że wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum systematycznie podejmują się działalności zarobkowej, w toku której zamówienia uzyskiwane są na drodze postępowań przetargowych., systematycznie przy tym konkurują z firmami komercyjnymi, a ponadto, z uwagi na możliwości organizacyjne skala ich działalności „jest znacznie większa niż w przypadku większości działających w tej branży firm sektora prywatnego. Skala ta pozwala na to, by zysk osiągnany z tego typu działalności był dochodem stałym i systematycznym.” Zdaniem Odwołującego lider konsorcjum w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 29 października sam przyznał, że „systematycznie osiąga zyski z działalności obejmującej świadczenie usług archeologicznych” – Odwołujący przywołał tu w tym kontekście stwierdzenie zawarte w powołanych wyjaśnieniach: „Niezależnie jednak od powyższego przede wszystkim przepis art. 43 ust. 18 ustawy o VAT nie uniemożliwia zastosowania zwolnienia w sytuacji, gdy systematycznie osiągnane z takiej działalności zyski przeznaczone są na kontynuację lub doskonalenie świadczonych usług - a taka sytuacja ma miejsce w przypadku Uczelni.” Argumentacja ta miała wynikać, zdaniem Odwołującego,

z błędnej interpretacji powołanego przepisu ustawy o VAT – Zamawiający miał nie dostrzegać tego, że zyski z działalności nie mogły być osiągnane systematycznie.

II.III. W podpunkcie tym, Odwołujący powołał się na przepis art. 43 ust. 17 a ustawy, twierdził, że jego wprowadzenie jest wynikiem implementacji zapisów art. 132 ust. 1 lit. n Dyrektywy 112, którego zakres zastosowania miał być ograniczony na poziomie tej dyrektywy przez art. 134. Mając to na uwadze, Odwołujący twierdził, że *„w zakresie tak rozumianych regulacji należy stwierdzić, iż działalność wszystkich członków Konsorcjum UW opierająca się na wykonywaniu zleceń uzyskiwanych w drodze udziału w postępowaniach przetargowych winna zostać wyłączona z możliwości stosowania zwolnienia z podatku VAT. Jak bowiem wynika z samej istoty przetargów publicznych, zamówienia będące przedmiotem postępowań przetargowych udzielane są w wyniku konkurencyjnego działania wykonawców starających się o uzyskanie zamówienia.”* Miało to naruszać art. 43 ust. 17a ustawy o VAT oraz art. 132 ust. 1 lit. n Dyrektywy 112.

II.IV. W kontekście przepisu art. 43 ust. 1 pkt 33 ustawy o VAT, Odwołujący twierdził, że jeden z konsorcjantów konsorcjum UW, Fundacja Nauki Archaeologia Silesiae we Wrocławiu nie spełnia przesłanek podmiotowych niezbędnych do korzystania ze zwolnienia od podatku VAT – nie posiada ona bowiem statusu *„innego podmiotu uznanego na podstawie odrębnych przepisów za instytucje o charakterze kulturalnym”*. Odwołując się do interpretacji odnoszącej się do innej fundacji, Odwołujący twierdził, że indywidualna interpretacja przedstawiona przez Fundację Nauki Archaeologia Silesiae we Wrocławiu jest oparta na błędnym stanowisku, stąd też podmiot ten bezprawnie skorzystał ze zwolnienia.

III. Odwołujący wskazał, że *„każda z części zamówienia podzielona została na etap pierwszy A. – Prace terenowe (roboty ziemne + archeologiczne badania wykopaliskowe) i etap drugi B. – Opracowanie wyników badań.”* W ofercie złożonej na część 3 konsorcjum PPKZ zaoferowało stawkę jednostkową w kwocie 7,10 zł dla etapu pierwszego (A), oraz stawkę jednostkową w kwocie 2,19 dla etapu drugiego (B). Jak twierdził Odwołujący: *„Prawidłowe obliczenie ceny oferty, która jest wynikiem sumy iloczynu cen jednostkowych dla etapu A i etapu B ma istotne znaczenie, ponieważ nieprawidłowości w tym zakresie prowadzą do powstania błędu w obliczeniu ceny lub celowego działania w celu osiągnięcia przewagi konkurencyjnej nad Zamawiającym i wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obydwie sytuacje powodują po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 6 ustawy Pzp.”* W odniesieniu do oferty

konsorcjum PPKZ twierdził on, że: „Wycena ceny jednostkowej na poziomie 2,19 zł etapu B została bezsprzecznie zaniżona w stosunku do realnej wartości kosztów opracowania badań i nietrudno zauważyć, iż nie zawiera wszystkich czynników cenotwórczych wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia (pkt II, 10-17)”. Odwołujący przyznał jednocześnie, że konsorcjum PPKZ utajniając w całości swoje wyjaśnienia złożone Zamawiającemu pozbawiło Odwołującego możliwości polemiki kalkulacją konsorcjum, niemniej jednak Odwołujący przedstawił własną kalkulację wycen poszczególnych, najważniejszych w jego ocenie czynników mających wpływ na koszty opracowania wyników badań – zgodnie z oświadczeniem Odwołującego dokonał on tej wyceny w oparciu o minimalne koszty. Wyliczenie to pozwoliło Odwołującemu stwierdzić, że konsorcjum PPKZ „nie będzie w stanie rzetelnie wykonać etapu B w części 3 przedmiotowego zamówienia”. Odmienne ocenił Odwołujący wycenę ceny jednostkowej przez konsorcjum PPKZ dla etapu pierwszego (A): „Natomiast zupełnie odmiennie, bo dość wysoko została wyceniona cena jednostkowa w pierwszym etapie A bo na poziomie 7,10 zł i jest o 70 % wyższa od stawki zaproponowanej za etap B. Różnice w zaproponowanych stawkach za realizację etapu A i B za jednostkę normatywną u pozostałych wykonawców oscylują w granicach +/-35%. Odwołujący zaoferował następujące stawki: etap A 7,67 zł, etap B 5,00 zł, natomiast oferta Konsorcjum UW sklasyfikowana na drugiej pozycji w części 3 postępowania zawiera następujące ceny: etap A - 7,02 zł, etap B - 8,10 zł. Z przedstawionych wielkości bezsprzecznie wynika, że Wykonawca PPKZ manipuluje stawkami, lub nie uwzględnił wszystkich czynności przewidzianych dla etapu B, co szczególnie widać przy rozliczeniu realizacji zamówienia.” Odwołujący podkreślał, że istotnym w kontekście powyższego było to, że zgodnie z § 9 ust. 10 umowy Zamawiający „przewidział, że rozliczenie pierwszego etapu A poprzedza rozpoczęcie drugiego etapu B. Jednocześnie w Umowie wskazano, że zapłata wynagrodzenia nastąpi na podstawie faktur częściowych w okresach rozliczeniowych, wystawionych na podstawie zaakceptowanego przez Zamawiającego protokołu odbioru częściowego usług oraz na podstawie faktury końcowej wystawionej na podstawie protokołu odbioru końcowego dla każdego z etapów. Dodatkowo § 2 pkt 2 umowy nakłada na Wykonawców obowiązek skalkulowania ceny z należytą starannością z uwzględnieniem wszystkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją zamówienia.” Zdaniem Odwołującego: „zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy PPKZ narusza równe traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji a wybór oferty PPKZ spowoduje ukryte zaliczkowanie usług, gdyż termin realizacji etapu A zakończony będzie zanim rozpocznie się etap B”, a stan ten sprawi, że pozostali wykonawcy „pozostali Wykonawcy, którzy w profesjonalny sposób, z zachowaniem należytej staranności i z uwzględnieniem

interesów Zamawiającego skalkulowali ceny swoich ofert, pozostają w gorszej sytuacji finansowej z powodu konieczności zaciągnięcia kredytu na finansowanie robót i zmuszeni są do uwzględnienia kosztów pozyskania kredytu w cenie oferty". Podnosił również Odwołujący, że w przypadku zaistnienia konieczności otwarcia nowego stanowiska archeologicznego (w ramach ewentualnych robót dodatkowych, zamiennych lub uzupełniających) „*cena za wykonanie badań archeologicznych będzie nierealnie wysoka w stosunku do cen rynkowych (bowiem dla części A Wykonawca PPKZ przewidział zawyżone stawki), co narazi Zamawiającego jako dysponenta pieniędzy publicznych, na niegospodarność i brak oszczędności*” i dalej: „*Konstrukcja cen jednostkowych zaoferowana przez Wykonawcę PPKZ, które są w nieuzasadniony sposób nierealnie niskie lub wysokie w stosunku do cen rynkowych, mają szczególnie istotne znaczenie przy płatności etapowej, z czym mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu oraz w przypadku wystąpienia błędów w zakresie ilości jednostek normatywnych, czego nie można wykluczyć.*”

- IV. W uzasadnieniu odwołania treść zawarta w tym punkcie odnosiła się również do punktu V.

Odwołujący podniósł, że konsorcjum PPKZ utajniło złożone Zamawiającemu wyjaśnienia, a Zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2015 r. odmówił Odwołującemu „*udostępnienia wyjaśnień dotyczących części 3 postępowania*”. Odwołujący twierdził, że zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „*wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę*”. W ocenie Odwołującego konsorcjum PPKZ oświadczyło jedynie w sposób ogólnikowy, że „*informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął działania niezbędne w celu zachowania ich poufności*”, a jednocześnie „*nie załączył żadnych dowodów, które potwierdzałyby, iż złożone wyjaśnienia mają dla niego np. wartość gospodarczą*”. Zdaniem Odwołującego: „*W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca PPKZ kalkulując cenę na etap B «opracowanie badań archeologicznych» uwzględnić musiał stawki urzędowe np. uzyskanie pozytywnej opinii Narodowego Instytutu Dziedzictwa, uzyskanie zgody WKZ. Danych tych nie można zakwalifikować jako danych chronionych tajemnicą gospodarczą czy operacyjną, gdyż informacje te winny być udostępniane każdemu w drodze dostępu do informacji publicznej (zgodnie z zapisami ustawy o dostępie do informacji publicznej). Podobnie, dokument zawierający zobowiązanie muzeum czy innej jednostki organizacyjnej do przejęcia materiałów i dokumentacji z danego*

stanowiska, winien być publicznie dostępny. Należy dodać, iż Zamawiający wskazał w siwz Muzeum Archeologiczne w Krakowie, które zgodziło się przyjąć opracowane materiały za kwotę 50zł/lpudelko i kwota ta powinna być ujęta w wycenie etapu B. Gdyby zatem Wykonawca PPKZ uzyskał zgodę od innego muzeum czy podmiotu na przyjęcie opracowań, to informacja ta winna zostać ujawniona. Pozwoli ona bowiem zweryfikować realność oferty Wykonawcy PPKZ i sprawdzić czy zaproponowane przez niego miejsce do składowania materiałów jest zgodne z wymaganiami ustawy o ochronie zabytków, jak również, czy Wojewódzki Konserwator Zabytków wyda zgodę na złożenie tam muzealiów.” W ocenie Odwołującego powołane przez niego składowe ceny nie podlegają ochronie objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, odmienna ocena narusza zasadę jawności, o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o

- a) „uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum UW w części 2 jako oferty najkorzystniejszej,*
- b) uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty PPKZ w części 3 jako oferty najkorzystniejszej,*
- c) nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy PPKZ do wyjaśnień w przedmiocie podstaw utajnienia dokumentów, a następnie odtajnienie wyjaśnień złożonych przez PPKZ w części 2 i 3 oferty,*
- d) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,*
- e) nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum UW w części 2 i 3, która zawiera błąd w zakresie obliczenia ceny oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,*
- f) nakazanie odrzucenia oferty PPKZ w części 3, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,*
- g) nakazanie wyboru oferty Odwołującego w części 2 i 3 postępowania jako oferty najkorzystniejszej i podpisania z Odwołującym umów o zamówienie publiczne.”*

W dniu 18 listopada 2015 r. zostało doręczone Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu konsorcjum PPKZ. Powołane zgłoszenie doręczono Prezesowi Izby w formie pisemnej, a podpis pod nim złożył A. S., zgodnie z pieczęcią opisującą jego podpis, sprawującego funkcję Dyrektora Oddziału PPKZ S.A. w Warszawie. Do zgłoszenia załączone zostało pełnomocnictwo z dnia 20 maja 2015 r., zgodnie z którym A. S. został ustanowiony pełnomocnikiem Polskich Pracowni Konserwacji Zabytków S.A. w Warszawie – w imieniu spółki pełnomocnictwo to zostało podpisane przez K. Ż. – Prezesa Zarządu, uprawnionego zgodnie z również przedstawionym Izbie odpisem z KRS do jednoosobowej reprezentacji spółki. Wraz ze

zgłoszeniem przystąpienia nie zostały złożone żadne dokumenty, które miałyby potwierdzać umocowanie A. S. do reprezentowania drugiego z konsorcjantów, tj. P. M. . Tym samym nie zostało wykazane, aby zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jak zasadnie zauważyła Izba w sprawie KIO 237/15: „ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. [przepisy ustawy Pzp nie znają instytucji wezwania do uzupełniania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odpowiednie przepisy ustawy Pzp (art. 187 ust. 3-7 ustawy Pzp), na zasadzie wyjątku, dopuszczają jedynie – w określonych w nich okolicznościach – uzupełnienie odwołania.] Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :

- nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)
- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
- nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.” Podobnie o braku możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Izba wypowiedziała się m.in. w sprawach: KIO 216/15, KIO 2665/14, KIO 2308/14, KIO 878/14, KIO 692/14, KIO 2734/13, czy też KIO 121/13.

W dniu 23 listopada 2015 r. zostało doręczone Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dokonane w imieniu konsorcjum UW.

Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 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. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie

Jak wskazano w samym zgłoszeniu, treść odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 16 listopada 2015 r. Informacja ta znajduje swe potwierdzenie w piśmie Zamawiającego z dnia 18 listopada 2015 r. Tym samym termin 3 dni na dokonanie zgłoszenia, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął z dniem 19 listopada 2015 r. W terminie tym zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z powołanym przepisem winno być doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W rozpoznawanym przypadku, zgłoszenie, w odpowiedniej wymaganej prawem formie, zostało doręczone Prezesowi Izby po upływie ustawowego terminu. Zaznaczyć przy tym należy, że w odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia w ustawie Pzp brak regulacji, jaką wprowadzono w odniesieniu do skargi do sądu (zgodnie z art. 198b ust. 2 ustawy Pzp złożenie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem do sądu), tym samym nie jest możliwym przyjęcie, że dzień złożenia zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, jest dniem doręczenia tegoż zgłoszenia Prezesowi Izby.

W toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, Odwołujący podnosił, że nie została mu doręczona kopia przystąpienia doręczonego Prezesowi Izby w imieniu konsorcjum UW, samo zaś konsorcjum oświadczyło, że nie posiada dowodu potwierdzenia faktu przesłania Odwołującemu takiej kopii. Izba uznała, mając na uwadze rozkład ciężaru dowodu, że konsorcjum UW nie wykazało, aby wypełniło ustanowiony w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek przesłania Odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia.

Niezależnie od powyższego, Izba ustaliła również, że powołane zgłoszenie zostało podpisane przez J. P., zgodnie z pieczęcią opisującą jego podpis, sprawującego funkcję Kierownika Zakładu Archeologii Historycznej. Wraz ze zgłoszeniem przystąpienia nie zostały złożone żadne dokumenty, które miałyby potwierdzać umocowanie tej osoby reprezentowania konsorcjum UW. Tym samym nie zostało wykazane, aby zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez osobę, która została należycie umocowana do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zgłoszonych, tak w imieniu konsorcjum PPKZ, jak i w imieniu konsorcjum UW, przystąpień nie można było uznać za skuteczne, a samych wykonawców za uczestników postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także dokumenty, które zostały przedstawione przez Strony w toku rozprawy przed Izbą, pismo konsorcjum PPKZ z dnia 30 listopada 2015 r. oraz opinię przedstawioną wraz z pismem konsorcjum UW z dnia 30 listopada 2015 r.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w jej tomie I – Instrukcja dla Wykonawców wraz z formularzami, w rozdziale 1 – Instrukcji dla Wykonawców (IDW), w pkt 5.1 poinformował wykonawców o podziale zamówienia na cztery części, odpowiednio: część 1 – odcinek A, część 2 – odcinek B, część 3 – odcinek 3, część 4 – odcinek D. Każdy z Wykonawców mógł złożyć ofertę na wykonanie wyłączeni tej części lub tych części, w zakresie których został zaproszony do złożenia oferty. Zgodnie z pkt 5.4 przedmiot zamówienia został szczegółowo określony w tomach II (Istotne dla stron postanowienia umowy – IPO) i III (Opis przedmiotu zamówienia – OPZ).

W pkt 8 IDW Zamawiający zawarł opis sposobu obliczenia ceny – zgodnie z pkt 8.1 IDW należało ją wyliczyć w oparciu o odpowiednie formularze cenowe, których wzory były zawarte w rozdziale 2 IDW (Formularz oferty, Załączniki do oferty – formularze cenowe). W formularzu wykonawca był zobowiązany określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzu, a następnie w tym formularzu wyliczyć cenę brutto (pkt 8.2 IDW), i tę cenę brutto miał on przenieść do odpowiedniej pozycji Formularza oferty (pkt 8.3 IDW). Zgodnie z pkt 8.5 IDW *„cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w Tomach II i III SIWZ”*.

W rozdziale 2 IDW Zamawiający jeden, wspólny dla wszystkich części zamówienia, formularz oferty oraz cztery, odrębnie dla każdej z części zamówienia, formularze cenowe.

W każdym z formularzy cenowych zawarte zostały dwie pozycje – odnośnie części 2 formularz ten zawierał w tym zakresie następujące zapisy: „A. *Prace terenowe (roboty ziemne + archeologiczne badania wykopaliskowe) – Archeologiczne badania terenowe – łącznie 2046,1 ara* [określono wymiar 562 930,30 jednostek normatywnych] B. *Opracowanie wyników badań – Opracowanie wyników badań archeologicznych* [określono wymiar 187 643,43 jednostek normatywnych]”. Analogiczne zapisy zawarte zostały w formularzu cenowym odnoszącym się do części 3, z zastrzeżeniem określenia innej powierzchni, która miała być objęta pracami terenowymi (2837,1 ara), a także innego wymiaru jednostek normatywnych (928 998,35 dla A, oraz 309 666.11 dla B).

W pkt I.1.1.b) i c) OPZ Zamawiający zawarł spis stanowisk objętych poszczególnymi częściami zamówienia, przy czym w pkt I.2 OPZ wskazane zostało, które ze stanowisk ma zostać objęte etapem I, a które etapem II prac. Zgodnie z pkt I.3.2) OPZ w etapie I badania miały być przeprowadzone na tych obszarach, które czasowo pozyskał Zamawiający, a także tych, które uda się pozyskać wykonawcy w trybie art. 30 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1446, ze zm.), zwaną dalej ustawą o ochronie zabytków. Zgodnie z pkt I.3.3) OPZ wykonawcy byli zobowiązani m.in. do wykonania prac ziemnych, do których należało: „*wytyczenie granic stanowiska przez upoważnioną osobę, odhumusowanie (zdjęty humus należy hałdować i składować w regularnych pryzmach w granicach pasa drogowego w miejscu do tego przeznaczonym oraz nie dopuścić do przemieszania go z właściwymi wyeksplorowanymi warstwami stratygraficznymi, tzw. gruntem rodzimym bądź innym materiałem), składowanie humusu, zabezpieczenie terenu wykopów oraz terenu wokół prowadzonych prac, rekultywację terenu rozumianej, jako zasypywanie wykopów archeologicznych materiałem ziemnym z tych obiektów, uporządkowanie (wyrównanie) terenu po zakończeniu badań, o ile Zamawiający wraz z Wykonawcą robót budowlanych nie podejmą innej decyzji dotyczącej uporządkowania terenu, odwodnienie, zabezpieczenie, utrzymanie i dozór stanowiska do czasu odbioru prac przez Komisję Odbioru Zamawiającego i Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.*”

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt 12 pisemnego protokołu postępowania w zakresie części 2 Zamawiającemu zostało złożone osiem ofert, zaś w zakresie części 3 – 9 ofert, w tym, w przypadku każdej z tych części, m.in. oferty Odwołującego, konsorcjum UW oraz konsorcjum PPKZ.

Zamawiający w toku badania ofert dwukrotnie wzywał konsorcjum UW do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści oferty (pisma z dnia 5 i 29 października 2015 r.), na każde z tych wezwań uzyskując odpowiedź (pisma z dnia 7 października i 2 listopada 2015 r.).

Nadto, pismem z dnia 5 października 2015 r. Zamawiający wezwał konsorcjum PPKZ do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści oferty złożonej na 3 zamówienia i wyjaśnienie te otrzymał – pismo z dnia 12 października 2015 r., którego treść została przez konsorcjum PPKZ zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismami z dnia 4 listopada 2015 r. (odrębnie dla każdej z części zamówienia) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W części 2 za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez konsorcjum UW, oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, zaś w części 3 najkorzystniejszą ofertę, zgodnie z ustaleniami Zamawiającego, złożyło konsorcjum PPKZ, na miejscu drugim sklasyfikowano ofertę złożoną przez konsorcjum UW, zaś na trzecim – ofertę Odwołującego.

W tak zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący wniósł rozpoznawane przez Izbę odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty, w zakresie, w jakim miałyby to przemawiać za uwzględnieniem odwołania, nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla określenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r.

w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U z 2014 r., poz. 964), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący zakreśli w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskáže na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie

zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do teź właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba rozstrzygając o zasadności poszczególnych zarzutów postawionych w odwołaniu, rozpoznawała je jedynie w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w odwołaniu. Nie mogły zostać zatem uznane za objęte kognicją Izby twierdzenia Odwołującego formułowane dopiero na rozprawie przed Izbą, w szczególności nie mogło zostać uznana za skuteczną próba rozszerzenia zarzutów o twierdzenia, że treść oferty złożonej przez konsorcjum PPKZ nie odpowiada treści SIWZ.

Drugą generalną uwagę, znajdującą zastosowanie do wszystkich zarzutów, odnieść należało do zagadnienia rozkładu ciężaru dowodu.

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanym w odwołaniu. Jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 54/12: *„Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).”* W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp

nie wymagają dowodu jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze, Izba rozpoznała każdy z zarzutów postawionych w odwołaniu – ustaliła i zważyła co następuje.

W ocenie Izby zarzuty zamknięte w punktach I i II uzasadnienia odwołania wymagały łącznego rozpoznania i omówienia – to w pkt I uzasadnienia odwołania zawarte zostało twierdzenie o zastosowaniu przez konsorcjum UW nieprawidłowej stawki podatku VAT, jednakże szereg argumentów mający za tym przemawiać przywołanych zostało w pkt II tego uzasadnienia. Co istotne, zgodnie z pkt II, to właśnie fakt „niezasadnego zastosowania zwolnienia od podatku VAT” stanowił przejaw wykorzystania niemającej oparcia w przepisach prawa przewagi konkurencyjnej.

W ocenie Izby, nie zostało w toku postępowania odwoławczego dowiedzione, aby w ofercie złożonej przez konsorcjum UW nie mogło zostać uwzględnione zwolnienie od podatku VAT – wprost przeciwnie, w obliczu przedstawionych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wyjaśnień i dokumentów, uzasadnionym było przyjęcie, że konsorcjum to zwolnienie takie mogło zastosować.

Nie było spornym między Stronami to, że tak jak to przesądził SN w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. wydanych w sprawach III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11 obowiązkiem Zamawiającego jest ocena poprawności przedstawionych przez wykonawców ofert, w tym również zweryfikowanie prawidłowości zastosowania przez każdego z wykonawców stawki podatku VAT. Jak Sąd Najwyższy zauważył: „*W tej sytuacji, przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. (...) Inną kwestią jest, że skutki prawne takiej interpretacji, tj. oceny zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT, dokonanej przez zamawiającego przy wstępnej ocenie ofert wykonawców, ograniczają się wyłącznie do wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i*

nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych tych wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym.”

Spornym było jedynie to, czy cały przedmiot zamówienia, taki jakim został on opisany w SIWZ, może zostać objęty zwolnieniem od podatku VAT. Przyjęcie racji Odwołującego rodzic musiałoby po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum UW, albowiem „uwzględnienie w cenie oferty nieprawidłowej niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję” (KIO 430/14).

Nie było spornym między Stronami, że za rozstrzygającą dla tego sporu winna zostać uznana regulacja materii zwolnienia od podatku VAT odnosząca się do usług kulturalnych zawarta w przepisach art. 43 ust. 1 pkt 33 lit. a), ust. 17, 17a i 18 ustawy o VAT. Tak też było w ocenie Izby.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 33 lit. a) ustawy o VAT zwalnia się od podatku usługi kulturalne świadczone przez podmioty prawa publicznego lub inne podmioty uznane na podstawie odrębnych przepisów za instytucje o charakterze kulturalnym lub wpisane do rejestru instytucji kultury, prowadzonego przez organizatora będącego podmiotem tworzącym instytucje kultury w rozumieniu przepisów o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej, oraz dostawę towarów ściśle z tymi usługami związaną. Według art. 43 ust. 17 ustawy o VAT zwolnienie to nie ma zastosowania do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, jeżeli: (1) nie są one niezbędne do wykonania usługi podstawowej, zwolnionej zgodnie z ust. 1 pkt 18, 18a, 22-24, 26, 28, 29, 31, 32 i 33 lit. a lub (2) ich głównym celem jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez podatnika, przez konkurencyjne wykonywanie tych czynności w stosunku do podatników niekorzystających z takiego zwolnienia. Nadto, zgodnie z art. 43 ust. 17a ustawy o VAT zwolnienie to ma zastosowanie do dostawy towarów lub świadczenia usług ściśle związanych z usługami podstawowymi, dokonywanych przez podmioty świadczące usługi podstawowe. Zgodnie zaś z art. 43 ust. 18 ustawy o VAT zwolnienie to, stosuje się, pod warunkiem że podmioty wykonujące czynności, o których mowa w tych przepisach (art. 43 ust. 1 pkt 31, 32 i 33 lit. a ustawy o VAT), nie osiągają w sposób systematyczny zysków z tej działalności, a w przypadku ich osiągnięcia są one przeznaczane w całości na kontynuację lub doskonalenie świadczonych usług.

Odnosząc się do twierdzeń formułowanych przez Odwołującego, dostrzec należało to, że konsorcjum UW przedstawiło Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 2 listopada 2015 r.

dwie indywidualne interpretacje przepisów prawa podatkowego wydane przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu – z dnia 25 kwietnia 2014 r. odnosząca się do Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz z dnia 30 stycznia 2013 r. odnosząca się do Fundacji Nauki Archaeologia Silesiae we Wrocławiu. Nadto wraz z pismem z dnia 7 października 2015 r. konsorcjum UW przedstawiło Zamawiającemu stanowisko Kwestora Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 4 stycznia 2012 r.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że wyrażone przez Odwołującego w pkt II.IV uzasadnienia odwołania przekonanie, że indywidualna interpretacja przedstawiona przez Fundację Nauki Archaeologia Silesiae we Wrocławiu oparta jest na błędnym stanowisku, nie znajdowało uzasadnienia tak w materiale dowodowym, jak i orzecznictwie sądów administracyjnych oraz doktrynie. Z powołanej indywidualnej interpretacji wynika, że *„w świetle przepisów ustawy o działalności kulturalnej oraz art. 43 ust. 1 pkt 33 lit. a) ustawy o VAT, powyższe pozwala klasyfikować fundację, jako instytucję prowadzącą działalność kulturalną”* – rozstrzygnięcie to zostało wydane, co istotne, wobec Fundacji Nauki Archaeologia Silesiae we Wrocławiu. Podobnie, co do zasady, przyjął NSA w orzeczeniu wydanym w sprawie I FSK 623/13: *„fundacja, której celem statutowym jest działalność kulturalna jest instytucją o charakterze kulturalnym w rozumieniu art. 43 ust. 1 pkt 33 lit. a ustawy o VAT”*. W temacie zagadnienia posiadania statusu *„innego podmiotu uznanego na podstawie odrębnych przepisów za instytucję o charakterze kulturalnym”*, którego to statusu Odwołujący odmawiał powołanej Fundacji (będącej konsorcjantem w konsorcjum UW) wypowiedział się m.in. Krystian Czarny w „Glosa do wyroku WSA z dnia 12 lipca 2012 r., I SA/Po 358/12.”, op. LEX/el. 2012: *„Bezsprzecznie więc fundacja, działając jako osoba fizyczna bądź prawna, mieści się w katalogu form prawnych zastrzeżonych przez ustawę o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Również otwarty katalog form organizacyjnych działalności kulturalnej (nie instytucji kulturalnych) nie wyklucza działania fundacji w tej sferze (kultury). Co więcej, w samych przepisach o fundacji mowa jest o tym, iż fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności takich, jak: [...] kultura i sztuka.”* Izba, uwzględniając powyższe, uznała, że możliwym było przyjęcie, że konsorcjum UW wykazało Zamawiającemu, że Fundacja Nauki Archaeologia Silesiae we Wrocławiu może zostać uznaną za instytucję prowadzącą działalność kulturalną.

W odniesieniu do pozostałych twierdzeń zawartych w pkt II.I-III uzasadnienia odwołania, dostrzeżenia wymagało to, że Odwołujący na stronie 8 odwołania, w akapicie pierwszym, przyznał wprost, że prace ziemne, wobec których skierował ostrze swych zarzutów (pozycje

takie jak „odhumusowanie, składowanie humusu, usługi geodezyjne, czy rekultywacja terenu rozumiana jako zagęszczenie gruntu do stanu sprzed i uporządkowanie (wyrównanie) terenu po zakończeniu badań”) stanowią jedynie usługę pomocniczą dla usługi głównej – przeprowadzenia badań wykopaliskowych – jak Odwołujący sam zauważył prace ziemne „nie stanowią dla Zamawiającego celu samego w sobie, ale są jedynie pomocne do lepszego wykonania usługi podstawowej”. Twierdził on przy tym, że między tymi pracami nie ma jednak ścisłego związku. Zdaniem Izby twierdzenie to nie zostało odpowiednio udokumentowane.

Jak zauważyła to Izba w sprawie KIO 998/14: „Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego zależała zatem od ustalenia czy mamy do czynienia z zależnością świadczenia głównego od świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. Podkreślenia wymaga, że problem tzw. świadczeń złożonych był przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën, TSUE wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (VAT). W myśl ww. przepisu prawa unijnego i orzecznictwa TSUE konstrukcja tzw. „świadczeń kompleksowych” traktowana jest jako wyjątek od zasady iż każda usługa podlega opodatkowaniu osobno wg. właściwej dla niej stawki podatku VAT. Wyjątek ten zaś znajduje zastosowanie w razie wykazania, że istnieje ścisły nierozzerwalny związek świadczeń pomocniczych z dominującym świadczeniem głównym. Taki ścisły związek lub jego brak skutkuje tym, że bez istnienia jednej usługi druga nie może być wykonana.”

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący zdawał się nie dostrzegać, że zlecane przez Zamawiającego prace archeologiczne nie miały być prowadzone równolegle do robót budowlanych polegających na budowie drogi, ale roboty te wyprzedzały. Stąd też powoływane przez Odwołującego prace ziemne nie służyły budowie drogi, jak zdawał się to sugerować w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący (warte zauważenia jest to, że na etapie odwołania nie formułował on takich tez, ograniczając się jedynie do podważania faktu istnienia ścisłego związku między pracą podstawową, a pracami pomocniczymi), ale były ściśle związane z pracami archeologicznymi – sam Odwołujący

przyznał, że ich status w relacji do prac archeologicznych opisać można było jako pomocniczy. Stan ten winien być rozciągnięty na cały przedmiot zamówienia, tak Etap I, jak i II – w obu bowiem przypadkach zasadą było to, że wykonawcy zobowiązani zostali do wyceny i zrealizowania pełnego zakresu robót, zaś wyjątek od tej zasady nie został w sposób wyraźny w SIWZ dookreślony. Pkt 3.3) OPZ odnosi się jedynie do możliwości podjęcia przez Zamawiającego decyzji dotyczącej uporządkowania – do innych elementów prac ziemnych, takich, jak choćby rekultywacja (Odwołujący odróżniał rekultywację od uporządkowania, to ostatnie prezentując jako równoznaczne z posprząaniem) zapis ten się nie odnosi – tymczasem jak to sam zauważył Odwołujący w toku rozprawy przed Izba sposób uporządkowania terenu po zakończeniu prac archeologicznych określać musi odpowiednia decyzja Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Ta z kolei decyzja odzwierciedlać miała wymogi inwestora – w tym zatem przypadku, uwzględniając twierdzenia Odwołującego, przyjąć należało, że wykonawca prac zobowiązany zostanie, tak jak to zostało opisane w SIWZ do uporządkowania, czyli wyrównania terenu na wszystkich objętych odpowiednimi decyzjami stanowiskach archeologicznych. Ewentualne późniejsze działania Zamawiającego, które miałyby być podejmowane już na etapie realizacji prac, nie zmieniałyby wymogów wydanego wcześniej pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych, zgodnie z którym prace te winny być przeprowadzone. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie możliwym było bez przeprowadzenia prac ziemnych zrealizowanie prac archeologicznych – tereny objęte tymi pracami należało najpierw odpowiednio przygotować i odkryć, a po ich zakończeniu, przywrócić teren do jego pierwotnego stanu. Nadto, gdyby nie konieczność przeprowadzenia prac archeologicznych, zbędnymi w takim zakresie, w jakim to było opisane w SIWZ, byłoby przeprowadzanie przez wykonawców prac ziemnych – niecelowym byłoby samo odsłanianie stanowisk archeologicznych, a następnie ich przykrywanie uprzednio zebraną ziemią. Bez zlecenia prac archeologicznych, same prace ziemne, w takim kształcie, jak zostały one opisane w SIWZ nie byłyby zlecane – Odwołujący nie udowodnił, aby miało być inaczej. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego skutecznie zakwestionowane istniejące po stronie konsorcjum UW prawo do zastosowania zwolnienia z podatku VAT w taki sposób, w jaki konsorcjum uczyniło to w swojej ofercie, w zakresie, w jakim było to kwestionowane w odwołaniu (pkt II.1 uzasadnienia odwołania).

W odniesieniu do twierdzeń zamkniętych w pkt II.II i II.III uzasadnienia odwołania, Izba uznała, że Odwołujący nie przedstawił dowodów, którym przypisać można byłoby większą wiarygodność, niż indywidualnym interpretacjom złożonych przez dwóch konsorcjantów konsorcjum UW (Izba przyjęła za Zamawiającym, że z uwagi na podobny status

Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu i Uniwersytetu Wrocławskiego, możliwym było zastosowania na zasadzie analogii odniesie tych samych zasad do trzeciego z konsorcjantów). Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił dowodów, z których wynikać miałyby, że którykolwiek z konsorcjantów osiąga zyski z działalności objętej zwolnieniem z podatku VAT w sposób systematyczny, a w przypadku ich osiągnięcia nie przeznaczają ich w całości na kontynuację lub doskonalenie świadczonych usług. W kontekście twierdzeń Odwołującego, zgodnie z którymi niemożliwym było zaliczanie takich dochodów na cele statutowe, podkreślenia wymaga to, że stan taki w przedstawionych Zamawiającemu interpretacjach indywidualnych oceniony został jako prawidłowy – w odniesieniu do Fundacji Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu stwierdza wyraźnie: *„Wnioskodawca ma taki zamiar, a osiągnane przez niego dochody będą przeznaczane w całości na cele statutowe. Będą tym samym w całości przeznaczane na kontynuację lub doskonalenie świadczonych usług”*, o odniesieniu zaś do Uniwersytetu Poznańskiego ten sam Dyrektor Izby Skarbowej uznał stanowisko tegoż Uniwersytetu wyrażone we wniosku o wydanie interpretacji za prawidłowe – tam zaś wyraźnie stwierdzono, że środki pozostające w dyspozycji Uczelni nie mogą być wydatkowane na cele inne niż określone w Statucie. Także Uniwersytet Wrocławski w stanowisku Kwestora stwierdza, że nie jest jego celem systematyczne osiągnięcie zysków, ale realizacja statutowych obowiązków. Twierdzenia o systematyczności osiągania zysków pochodzących ze świadczenia usług objętych zwolnieniem nie zostały przez Odwołującego udowodnione – w tym zakresie ograniczył się on jedynie do opisanego przez siebie ustaleń, zaś przytoczone w powoływanej przez Zamawiającego opinii podatkowej sporządzonej dla konsorcjum UW z dnia 30 listopada 2015 r. dane o umowach i osiągniętych z nich dochodach, nie pozwalały przyjąć, w ocenie Izby, że zyski z tego rodzaju działalności osiągnane są przez ten podmiot systematycznie, a zatem stale, regularnie, od dłuższego czasu, planowo i metodycznie, a zatem tak, jak słowo to rozumieć należy w świetle definicji zawartej w internetowym słowniku języka polskiego (<http://sjp.pwn.pl/szukaj/systematycznie.html>). Z danych tych wynika raczej, że umowy te zawierane są incydentalnie, a zyski z nich osiągnane przeznaczane są na działalność statutową. W odniesieniu do dwóch pozostałych konsorcjantów Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność częstotliwości osiągania przez nich zysków z tytułu świadczenia spornych usług, czy też sposobu ich wykorzystania innego, niż ten, który został określony w odpowiednich interpretacjach indywidualnych.

Przedstawione indywidualne interpretacje uwzględniały w opisie stanu faktycznego możliwość ubiegania się o uzyskanie umowy na świadczenie usług archeologicznych na drodze przetargów publicznych i nie wskazywały na taki przypadek, jako na ten,

który wyłączałby (z uwzględnieniem innych warunków tam opisanych) możliwość zastosowania zwolnienia od podatku VAT. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że głównym celem któregokolwiek z konsorcjantów jest osiągnięcie dodatkowego dochodu przez konkurencyjne wykonywanie czynności ściśle związanych (pomocniczych) z usługami podstawowymi. Jak to zostało ustalone, usługi te uznane zostały za ściśle związane ze sobą, a ich realizacja warunkuje wykonanie tych drugich. Stąd też niemożliwym było przyjęcie, że głównym celem ich realizacji było osiągnięcie dodatkowego dochodu kosztem podmiotów niekorzystających ze zwolnienia z podatku VAT (pkt II.III uzasadnienia odwołania).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że nie zostało wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby konsorcjum UW zastosowało zwolnienie z podatku VAT nie będąc do tego uprawnionym. Kierując się tym przekonaniem Izba nie znalazła podstaw, dla przyjęcia, że oferta złożona przez to konsorcjum winna zostać odrzucona, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny (pkt I uzasadnienia odwołania), czy też jako naruszająca zasady uczciwej konkurencji (pkt II uzasadnienia odwołania).

Zarzut opisany w pkt III uzasadnienia odwołania oparty został na tezie o manipulacji cenami za etap A i B realizacji usługi – konsorcjum PPKZ miało zaniżając cenę za etap B, jednocześnie ustalić cenę za etap A na poziomie nierealnie wysokim w stosunku do cen rynkowych – Odwołujący zdawał się sugerować, że konsorcjum PPKZ w sposób nieuprawniony przeniosło koszty realizacji prac koniecznych do poniesienia w ramach wykonywania etapu B na poczet ceny za etap A. Sytuacja ta miała prowadzić do ukrytego zaliczkowania usług świadczonych w ramach etapu B i to ten właśnie stan, prowadzić miał do zaburzenia konkurencji w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, albowiem inni wykonawcy pozostaną zmuszeni do zaciągnięcia kredytu do finansowania robót, a tym samym uwzględnienia jego kosztu w cenie oferty. Tak Izba odczytała istotę zarzutu określonego w pkt III uzasadnienia odwołania.

Jak sam to przyznał w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oferty złożone Zamawiającemu porównywane ze sobą miały być m.in. z perspektywy łącznej ceny brutto (tak też w pkt 12.1.1 IDW). Ceny jednostkowe za etap A i B nie były odrębnie oceniane – służyć miały jedynie zgodnie z zapisami pkt 8.2 IDW do wyliczenia ceny brutto oferty. Mając to na uwadze, Izba uznała, że na etapie oceny ofert ewentualne przenoszenie kosztów koniecznych do poniesienia w ramach obu etapów (A i B), nie mogło przy takim sposobie oceny ofert stawiać oferty, w której takie przeniesienie miałoby zostać dokonane, na z góry lepszej pozycji w odniesieniu do ofert, w których takich przeniesień by nie dokonano. Istotną na tym etapie była bowiem tylko i wyłącznie łączna cena brutto –

przeniesienia kosztów realizacji poszczególnych etapów niczym by wykonawcy nie procentowały w procesie oceny.

Co istotne, Odwołujący określił stawiany przez siebie zarzut przez pryzmat przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp – Zamawiający miał naruszyć ten właśnie przepis przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum PPKZ, z uwagi na manipulację cenami jednostkowymi (dokonane między nimi nieuprawnione przesunięcia). Z uwagi na fakt, że Izba orzeka w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przypadku, gdy Odwołujący nie dowiódł istoty stawianego przez siebie zarzutu, a zatem dokonanych przez konsorcjum PPKZ przesunięć – zaniżenia jednych cen, kosztem zawyżenia innych, niemożliwym było uwzględnienie tak zakrojonego zarzutu. W odniesieniu do cen za etap A już samo porównanie cen przywołanych przez Odwołującego, które zgodnie z jego oświadczeniem zaoferować mieli trzej przywołani wykonawcy: konsorcjum PPKZ – 7,10 zł, Odwołujący – 7,67 zł i konsorcjum UW – 7,02 zł, pozwalało zauważyć, że cena zaoferowana przez konsorcjum PPKZ nie odbiega w żaden sposób od dwóch pozostałych. Innych okoliczności mających potwierdzać zawyżenie tej stawki i ustalenie jej na nierealnie wysokim w odniesieniu do cen rynkowych poziomie Odwołujący nie przywołał. Sam ten fakt czynił rozpoznawany zarzut niezaskładającym na uznanie – skoro bowiem cena za etap A nie została na tle konkurencji zawyżona, to nie mogło być mowy o ukrytym zaliczkowaniu prac przypisanych do etapu B i w jego trakcie realizowanych. Jak sam to Odwołujący twierdził w toku rozprawy przed Izbą, w części trzeciej zamówienia (a tej właśnie części dotyczył rozpoznawany zarzut) najbardziej kosztotwórczym czynnikiem była wycena dokonana przez muzeum archeologiczne – koszty przechowania materiałów zabytkowych w placówce muzealnej. W tym kontekście, zauważyć należało, że konsorcjum PPKZ w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2015 r. wskazało na okoliczności wpływające w istotny sposób na koszt wykonania tego obowiązku, a uwzględnienie wynikającej tylko z tego faktu różnicy w cenach zaoferowanych przez Odwołującego i konsorcjum PPKZ czyni twierdzenie Odwołującego o zaniżeniu ceny za etap B przez konsorcjum PPKZ niezasadnym i nieznanym oparciem w faktach.

W odniesieniu do ostatniego ze stawianych przez Odwołującego zarzutów zamkniętych w pkt IV i V uzasadnienia odwołania, Odwołujący w toku rozprawy przed Izbą wyjaśnił, że zarzuty te odnosił jedynie do części trzeciej zamówienia, a część druga w treści odwołania, w tym zakresie, została przez niego powołana jedynie omyłkowo.

Co do istotny stawianego przez Odwołującego zarzutu, to zauważenia wymaga to, iż zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca,

nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Regulacja ta nakłada na wykonawców obowiązek wykazania Zamawiającemu już w chwili składania mu odpowiednich dokumentów, że zawarte w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wystarczy zatem samo poczynienie zastrzeżenia, koniecznym jest jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czego dokonanie na tym właśnie etapie jest traktowane jako przejaw należytej dbałości wykonawcy o informacje mające stanowić jego tajemnicę. Zasada ta rozciągana jest również na składane później wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, o ile już przy ich złożeniu zostanie poczynione rzeczowe zastrzeżenie i wykazana została jego zasadność.

W rozpoznawanym przypadku konsorcjum PPKZ takie zastrzeżenie poczyniło w treści spornego pisma z dnia 12 października 2015 r., przedstawiając uzasadnienie jego dokonania, Zamawiający zaś uzasadnienie to uznał za wystarczające dla przyjęcia, że zastrzeżenie to jest zasadne. Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że w ocenie Zamawiającego zostało mu wykazane to, że przedstawione mu pismo i zawarte w nim informacje spełniają wszystkie przesłanki uznania zawartych w nich informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. przyjęcia, iż informacje te są informacjami stanowiącymi niewątpliwie wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto co do tych nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nadto zasadność zastrzeżenia wykonawcy wykazali jednocześnie zastrzegając powyższe informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzeżenia wymaga to, że w jawnym (nieobjętym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa) piśmie z dnia 30 listopada 2015 r. doręczonym Stronom przed otwarciem rozprawy konsorcjum PPKZ powieliło część informacji zawartych w piśmie z dnia 12 października 2015 r., takich jak przywołanie zakresu wymagań określonych w SIWZ przez Zamawiającego, czy cen oferowanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Informacje te ze swej istoty nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa powołanego konsorcjum. Mając jednakże na uwadze brak znaczenia tego typu wywodów dla oceny wyjaśnień i charakteru ceny, nakazywanie odtajnienia tych części wyjaśnień, nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp) – podobnie uznała Izba w sprawie KIO 178/15, KIO 197/15, KIO 198/15. W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do informacji o sposobie wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności dokonanej przez konsorcjum PPKZ szczegółowej kalkulacji

ceny oraz powiązań z podmiotami trzecimi i kosztach świadczonych przez nich usług na rzecz konsorcjum, Izba nie znalazła podstaw do uznania, że Zamawiający zaniechał z naruszeniem przepisów ustawy Pzp ich ujawnienia Odwołującemu.

W kontekście twierdzeń o zaniechaniu przez Zamawiającego w przepisie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (pkt V uzasadnienia odwołania) Izba podzieliła pogląd wyrażony w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1401/15; KIO 1403/15: *„Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność [wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy] został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).”* Niezasadnym zatem byłoby uznanie, że Zamawiający dopuścił się w rozpoznawanej sprawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w takim zakresie, jakim zarzucał mu to Odwołujący w pkt V uzasadnienia odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: