**Sygn. akt: KIO 920/15**

**WYROK**
**z dnia 20 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2015 r. przez wykonawcę **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Archeologiczna Archeo - Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie, al. Kijowska 33/41, 30-079 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie, al. Reymonta 21, 62-200 Gniezno (lider) i A. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Archeologiczno – Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze, ul. Ceramiczna 2, 65-954 Zielona Góra** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 920/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Archeologiczna Archeo - Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie, al. Kijowska 33/41, 30-079 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Archeo - Explorers W. K. z siedzibą Archeologiczna w Krakowie, al. Kijowska 33/41, 30-079 Kraków** tytułem wpisu od odwołania



---

2.2. zasądza od wykonawcy **W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Archeologiczna Archeo - Explorers W. K. z siedzibą w Krakowie, al. Kijowska 33/41, 30-079 Kraków** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5, 80-354 Gdańsk** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący: ……..……**



---

**Sygn. akt: KIO 920/15**

**Uzasadnienie**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Odział w Gdańsku, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie

archeologicznych ratowniczych badań wykopaliskowych w związku z budową drogi ekspresowej S7 Gdańsk (A1) – Elbląg (S22); odcinek Koszwały – Kazimierzowo wraz z opracowaniem wyników badań".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 stycznia 2015 r., nr 2015/S 012-017222..

W dniu 24 kwietnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Archeologiczna Archeo - Explorers z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym", o wyborze dla części 3 i 4 zamówienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia APB THOR Sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie (lider) i A. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Archeologiczno – Konserwatorska A. J. z siedzibą w Zielonej Górze, zwanych dalej „konsorcjum APB THOR", jako najkorzystniejszej.

W dniu 4 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 24 maja 2015 r.) od czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części 3 i 4, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp
2. art. 24 ust. 2 ustawy Pzp
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp
5. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp
7. i innych wskazanych w treści odwołania

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką ofert konsorcjum APB THOR, a także:

w zakresie części 3 nakazanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp i ewentualnie dokonanie czynności odrzucenia ofert wykonawców:

konsorcjum APB THOR z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości − zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp a także odrzucenie



---

tej oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Ground − Development Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Miłocice i I. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PROGRESS I. O. z siedzibą w miejscowości Mysłakowice, zwanych dalej „konsorcjum PROGRESS", z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, przy jednoczesnym nakazaniu wykluczenia z postępowania tego wykonawcy w trybie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp gdyż nie przedłużył on na wezwanie zamawiającego związania ofertą

P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Pracownia − Archeologiczno-Konserwatorska ARCHEOPLAN P. W. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą ARCHEOPLAN", - odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

w zakresie części 4 nakazanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp i ewentualnie dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum ABP THOR z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp a także odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż złożył ofertę na wykonanie zamówienia w Części 3 i 4. W zakresie poszczególnych Części zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wypełnionego druku „Formularza" 2.1.3. (dla Części 3) oraz „Formularza" 2.1.4.a i b (dla Części 4).

Zamawiający poinformował wykonawców, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla Części nr 3 kwotę w wysokości 1 632 785.00 zł brutto.

Jak wynika z zestawienia ofert dla Części 3, ceny ofert w tym postępowaniu to przedział wartości od 882 259,23 zł do 3 567 096,42 zł brutto.

Oferty trzech wykonawców, tj. oferty nr 2 i 7, tj. konsorcjum APB THOR (oferta nr 2), konsorcjum PROGRESS (oferta nr 5) i oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Instytut Archeologii PAN w Warszawie, Uniwersytet Wrocławski z siedzibą we Wrocławiu oraz Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum PAN", przekraczały wartość procentową, o której mowa w art. 90 ust 1 ustawy Pzp po nowelizacji, w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert dla tego zadania. Obowiązkiem zamawiającego było więc wezwanie tych wykonawców do wyjaśnień ceny w trybie powołanego przepisu. Tymczasem zamawiający wystosował takie wezwanie jedynie do konsorcjum PAN. Obowiązkiem zamawiającego było



jednak skierowanie takiego wezwania także do wykonawców składających oferty nr 2 i 5, w tym wykonawcy konsorcjum APB THOR, wezwania w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Dopiero po analizie otrzymanych wyjaśnień wraz z dowodami zamawiający miał prawo dokonywać czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W tej sytuacji zaniechanie czynności wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny w trybie powołanego przepisu, która to procedura jest dla zamawiającego obowiązkowa, z jednej strony stanowi oczywiste naruszenie przepisu ustawy Pzp, dodatkowo zaś może mieć bezpośredni wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust 3 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest bowiem dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, którego miał dopuścić się wykonawca ARCHEOPLAN odwołujący podniósł, iż wykonawca ten za wykonanie badań terenowych zaoferował stawkę 9,00 zł, zaś na opracowanie wyników badań przeznaczył stawkę 4,50 zł za 1 jednostkę normatywną. Tymczasem rzeczywiste i rzetelne koszty opracowań wyników badań znacznie przekraczają ceny zaoferowane przez tego wykonawcę. Wyliczone przez odwołującego koszty wskazują, iż wykonawca nie jest w stanie wykonać wymaganych opracowań dla przedmiotowej części za kwoty, które podał w formularzach cenowych. Świadczy to o niewłaściwie wykonanych kalkulacjach cenowych przez tego wykonawcę a jednocześnie o złożeniu oferty stanowiącej przykład manipulacji stawkami i tym samym niezgodnej z zasadami uczciwej konkurencji, co winno stanowić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Charakter usług i ich specyfika powodują bowiem, że wynagrodzenie wykonawcy przyjęte w SIWZ ma charakter rozliczenia kosztorysowego. Rozliczenie usług będzie następowało na podstawie ilości rzeczywiście wykonanych usług z uwzględnieniem cen jednostkowych wyspecyfikowanych przez wykonawców w ofercie. To właśnie ceny jednostkowe za poszczególne czynności stanowić będą podstawę rozliczenia. Przedmiotowy przypadek stanowi więc modelowy przykład oferty, której poziom ceny uniemożliwia realizację zamówienia. Wycena elementów składowych oferty świadczy w sposób dobitny, że wykonawca nie uwzględnia w kalkulacji kosztów rachunku ekonomicznego i koszt realizacji zamówienia wykazany powyżej jest oderwany od rzeczywistości i rzeczywistych nakładów jakie należy ponieść w celu wykonania zamówienia. Działanie wykonawcy ARCHEOPLAN stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. delikt nazwany (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) przy jednoczesnym wystąpieniu uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), podczas gdy zaistnienie już jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji.



W dniu 15 maja 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie konsorcjum APB THOR otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 18 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum APB THOR zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 15 maja 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących

zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp konsorcjum APB THOR (dla części 3 i 4), wnosząc o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak biorąc również pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum PROGRESS z uwagi na to,** że **jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający wartość zamówienia dla części 3 ustalił na łączną kwotę 1.327.467,39 zł netto i 1.632.784,89 zł brutto.

Natomiast w rozdziale 10 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny oferty" podał, w jaki sposób ma być wyliczona cena składanej przez wykonawcę oferty.



---

Wykonawca ARCHEOPLAN zaoferował wykonanie tej części zamówienia za kwotę 1.161.748,65 zł brutto, w tym za wykonanie badań terenowych zaoferował cenę 9,00 zł za jednostkę normatywną, natomiast za opracowanie wyników badań cenę 4,50 zł za jednostkę normatywną.

Odwołujący zakwestionował ceny jednostkowe wskazane w punkcie A i B „Formularza Cenowego", podnosząc, iż „wykonawca nie jest w stanie wykonać wymaganych opracowań dla przedmiotowej części za kwoty, które podał w formularzu cenowym" i świadczy to „o manipulacji stawkami". Tym samym działanie konsorcjum APB THOR wyczerpuje znamiona czynu z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje.

Niewątpliwym jest, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcy konkurują ceną. Niewątpliwym jest także, iż cena oferty wykonawcy ARCHEOPLAN nie budziła wątpliwości odwołującego. Nie kwestionował on bowiem ani ceny jego oferty, ani też jej poszczególnych elementów. Tak więc zarzut rażąco niskiej ceny ofercie temu wykonawcy nie był postawiony. Wątpliwości odwołującego, jak oświadczył na rozprawie, nie budziła także cena jednostkowa w kwocie 9,00 zł skalkulowana przez tego wykonawcę za jednostkę normatywną w ramach wykonania badań terenowych, a więc część A „Formularza Cenowego". Jego wątpliwości wzbudziła natomiast cena jednostkowa w kwocie 4,50 zł za jednostkę normatywną zaoferowana w ramach opracowania wyników badań, tj. część B „Formularza Cenowego" – „Opracowanie wyników badań". Za tę kwotę – w jego ocenie - nie jest możliwe wykonanie tychże opracowań. Wykonawca ten dopuścił się więc manipulacji stawkami w ramach części A i B „Formularza Cenowego", co skutkowało dopuszczeniem się przez niego czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie wykazał jednak, mimo postawienia takiego zarzutu, że złożenie oferty przez wykonawcę ARCHEOPLAN faktycznie wyczerpuje znamiona czynu określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji – w myśl ww. przepisu - jest bowiem utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący nie wykazał, że wykonawca ten dokonał niewłaściwych kalkulacji cenowych, jak również, iż poziom zaoferowanej ceny, co podkreślał

w treści odwołania, uniemożliwia realizację tego konkretnego zamówienia. Nie wykazał także, jaki jest minimalny poziom kosztów wytworzenia tej usługi. Podnosił jedynie, jaki on przyjął koszt usługi oraz podał zależności, jakie – w jego ocenie – istnieją pomiędzy cenami jednostkowymi poz. A i B „Formularza Cenowego". Składał przy tym sprzeczne z sobą oświadczenia, raz twierdził, że stawki wyliczone przez zamawiającego są zbyt niskie, by



potem stwierdzić, że są one jednak wyliczone prawidłowe. Niemniej jednak stawki ustalone zarówno przez zamawiającego, jak i stawka z części A „Formularza cenowego" wskazana przez wykonawcę ARCHEOPLAN, są wyższe od stawek zaproponowanych przez samego odwołującego.

Odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, że doszło do manipulacji stawkami. Na manipulacje stawkami miał bowiem wskazywać rozkład poszczególnych elementów świadczenia i przynależne poszczególnym usługom znaczenie wartościowe, co w konsekwencji miało prowadzić do uzyskania wynagrodzenia nieadekwatnego do rzeczywistej wartości poszczególnych czynności. Tymczasem – jak wykazał zamawiający - w przypadku, gdy na etapie rozliczania opracowań wyników ich wartość będzie większa od zakładanej, faktycznie istnieje możliwość przeniesienia środków z niewykorzystanej kwoty za badania terenowe – w myśl przywołanego przez zamawiającego w SIWZ Zarządzenia Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad nr 7 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 23 marca 2009 r. w brzmieniu określonym w Zarządzeniu nr 76 z dnia 9 grudnia 2011 r. w sprawie badań archeologicznych w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad – jednak tylko przy zastosowaniu stawek podanych przez wykonawcę. Jeśliby więc doszło do przesuwania kosztów z badań terenowych do opracowania wyników badań to byłyby one przeliczane w oparciu o stawki opracowania wyników badań przewidziane w pozycji B „Formularza Cenowego", a więc po 4,50 zł, a nie – jak zakłada odwołujący – stawki wskazane w części A „Formularza Cenowego". Niemniej jednak maksymalna kwota wynagrodzenia wykonawcy nie ulegnie zmianie.

Tym samym odwołujący nie wykazał istnienia w tym stanie faktycznym ani przesłanek z art. 3 ust. 1, ani też z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim nie wykazał sprzedaży usługi będącej przedmiotem tego zamówienia poniżej kosztów własnych. Jednak nawet gdyby sytuacja tak miała miejsce, mimo iż w tym stanie faktycznym ona nie występuje, to nie wystarcza to jeszcze do uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji. Należy bowiem także wykazać, że takim właśnie działaniem dany wykonawca zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku czy też dążyć do ich eliminacji z rynku. Za takie działanie, w ocenie Izby, nie może być uznane zaoferowanie przez wykonawcę ARCHEOPLAN cen jednostkowych ( w tym przypadku jednej ceny – ceny z pozycji B „Formularza Cenowego") na poziomie niższym od odwołującego. W takim przypadku nie można bowiem stwierdzić, iż wykonawca ten, kalkulując cenę swojej oferty (zbliżoną do ceny oferty odwołującego) działał w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, „czyli *dla zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen i/lub innych warunków umów*" („Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz" pod red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, Warszawa 2006). Aby bowiem można było zarzucić wykonawcy



dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji poza stwierdzeniem zaniżenia jednej z cen jednostkowych oraz manipulacji stawkami należałoby udowodnić, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działającym w określonej branży. Tej okoliczności odwołujący nie wykazał. Odwołujący nie wykazał także, że wykonawca ARCHEOPLAN działał z zamiarem eliminacji odwołującego z rynku. Złożenie oferty przez wykonawcę ARCHEOPLAN nie może bowiem w jakikolwiek sposób utrudnić odwołującemu dostępu do rynku. Wykonawca ARCHEOPLAN zajmował bowiem trzecie miejsce w rankingu ofert a odwołujący miejsce czwarte, a ceny ich ofert są zbliżone. Działanie tego wykonawcy było więc związane jedynie z uzyskaniem przez niego zamówienia i nie miało na celu wyeliminowania odwołującego z rynku. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

**Odnośnie zarzutów podniesionych w zakresie części 3 i 4 zamówienia**

**dotyczących zaniechania wezwania konsorcjum APB THOR do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp** stwierdzić należy, iż zamawiający oświadczył w złożonej odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 15 maja 2015 r.), iż uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp konsorcjum APB THOR (dla części 3 i 4 zamówienia). Jednocześnie wskazał, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 i 4 zamówienia, składając pisma skierowane do wykonawców biorących udział w tych częściach postępowania wraz z potwierdzeniem ich dostarczenia tym wykonawcom (przedmiotowe pisma stanowią załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie). Złożył także wezwanie skierowane, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do konsorcjum APB THOR celem ustalenia czy oferta tego wykonawcy w części 3 i 4 zamówienia zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ (przedmiotowe pismo z dnia 8 maja 2015 r. stanowi załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołania). Tym samym zamawiający przyznał zasadność podniesionych w tym zakresie zarzutów w części 3 i 4 odwołania. Zamawiający nie dokonał, w świetle okoliczności tej sprawy czynności, do której w myśl obowiązujących przepisów był zobowiązany. Tak więc zarzut zaniechania wezwania konsorcjum APB THOR do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp potwierdził się.

**Zarzuty dotyczące dokonania czynności odrzucenia ofert konsorcjum APB THOR w zakresie części 3 z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp a także odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum ABP**



---

**THOR z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp a także odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 Pzp gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie części 4 zamówienia** zostały podniesione, jako zarzuty ewentualne w przypadku nieuwzględnienia zasadności wezwania konsorcjum APB THOR do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp w zakresie zarówno części 3, jak i 4 zamówienia. Okoliczność tę przyznał także odwołujący w trakcie rozprawy. W tej sytuacji, rozpatrywanie zarzutów dotyczących odrzucenia ofert wykonawcy konsorcjum APB THOR z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia, jak i odrzucenia jego ofert z powodu tego, iż ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, na tym etapie postępowania i w tym konkretnym stanie faktycznym, jest przedwczesne. Wykonawca konsorcjum APB THOR zostało bowiem wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny a przedmiotem zapytania są także kwestie dotyczące kosztów wskazanych w poz. 1 i 2 Formularzy Cenowych nr 2.1.3, 2.1.4a i 2.1.4b, tj. archeologiczne badania terenowe i opracowywanie wyników badań archeologicznych, a więc także kwestie będące przedmiotem zarzutów odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji. Tak więc rozstrzyganie w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji, który został ściśle połączony w treści odwołania (str. 17-18 – część 3 i 26-35 część 4 uzasadnienia) z zarzutem rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do ofert konsorcjum APB THOR, byłoby w istocie rozstrzyganiem dotyczącym prawidłowości kalkulacji ceny zaoferowanej w ofertach tego wykonawcy, co w okolicznościach tej konkretnej sprawcy, powinno mieć miejsce dopiero na etapie oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę.

**Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum PROGRESS z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości zamówienia na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, przy jednoczesnym nakazaniu wykluczenia z postępowania tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp,** tj. uwagi na to, że nie przedłużył on na wezwanie zamawiającego związania ofertą potwierdził się. Zamawiający, pismem z dnia 11 maja 2015 r., nawiązując do art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp i działając na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, wykluczył tego wykonawcę z postępowania z uwagi na to, że wykonawca ten nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Tym samym jego oferta została uznana za odrzuconą.

Izba, wydając orzeczenie w niniejszej sprawie, miała na uwadze treść art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o



zamówienie publiczne. Zamawiający przed rozprawą uwzględnił część zarzutów odwołania i dokonał czynności, których zaniechanie zarzucał mu odwołujący, a mianowicie unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał konsorcjum APB THOR do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp i wykluczył z postępowania wykonawcę konsorcjum PROGRESS na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, uznając jego ofertę za odrzuconą. Czynności te zostały faktycznie dokonane. Zamawiający złożył dokumenty okoliczność tę potwierdzające. Tak więc dokonane przez zmawiającego czynności zgodnie z żądaniem odwołującego powodują, że przesłanka wpływu na wynik postępowania nie jest spełniona na moment zamknięcia rozprawy. Dlatego też Izba oddaliła przedmiotowe odwołanie

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł., na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący: ……..……**